يُطبع لأوّل مرّة

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه قوام الدين الكاكي الحنفي

المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

المجلد الثامن

المحتوى:

الأضحية - الكراهية - إحياء الموات - الأشربة - الصيد - الرهن - الجنايات - الديات - المعاقل - الوصايا - الخنثى - الفرائض

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
DKI
بيروت - لبنان

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه قوام الدين الكاكي الحنفي
المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون
دراسات إسلامية / كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

يطبع لأول مرة

الجزء الثامن

المحتوى:

الأضحية - الكراهية - إحياء الموات - الأشربة - الصيد - الرهن - الجنايات - الديات - المعاقل - الوصايا - الخنثى - الفرائض

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
http://www.al-ilmiyah.com

الكتاب: معراج الدراية في شرح الهداية

Title: MI'RĀJ AD-DIRĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه

Classification: Jurisprudence

المؤلف: الإمام قوام الدين الكاكي (ت ٧٤٩ هـ)

Author: Al-Imam Qiwam Al-Din Al-Kaki (D. 749 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages	(8Parts/8Vols.) 7680 (٨أجزاء/٨مجلدات)	**عدد الصفحات**
Size	17 x 24 cm	**قياس الصفحات**
Year	2023 A.D. - 1444 H.	**سنة الطباعة**
Printed in	**Lebanon** لبنان	**بلد الطباعة**
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	**الطبعة**

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-9580-7
9 782745 195807
90000

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الأُضْحِيَّةِ

قَالَ: (الأُضْحِيَّةُ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ حُرٍّ مُسْلِمٍ مُقِيمٍ مُوسِرٍ فِي يَوْمِ الأَضْحَى عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ وَلَدِهِ الصِّغَارِ) أَمَّا الوُجُوبُ فَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ وَالحَسَنِ وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَعَنْهُ: أَنَّهَا سُنَّةٌ، ذَكَرَهُ فِي «الجَوَامِعِ» وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ: أَنَّها عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَاجِبَةٌ،

كِتَابُ الأُضْحِيَّةِ

أورد الأضحية بعد الذبائح؛ لما فيها من الذبح، إلا أن الذبح أعم من الأضحية، والخصوص يكون بعد العموم، كذا قيل.

ثم محاسن الأضحية ظاهرة؛ لما فيها من شكر نعمة المال، والإحسان بالإخوان، واتصال النفع بالفقراء، ولهذا قيل: ذبح الأضحية إظهار الصدق والمحبة؛ فإنه بدل ذبح النفس، كما في قصة إبراهيم عليه السلام.

[ثم كون][1] الأضحية ملكًا لنا بعد إراقة الدم، حتى حل لنا وللفقراء أكلها؛ مخصوصٌ هذه الأمة مِنَّةً علينا، وقرابين سائر الأمم كانت تأكلها النار، ولا تنتفع بها الأخيار ولا الأشرار، والقُرَب المالية نوعان: تمليك كالصدقات، وإتلاف كالإعتاق، وفي الأضحية اجتمعا.

ثم الأُضْحِيَّة لغةً: اسم لما يُذبَح يوم الأضحى، وهو (أُفْعولَةٌ) كالأُرْوِيَّة، وهي الأنثى من الوعول، فكان فيها واوٌ وياءٌ، قلبوا الواوَ ياءً، فأدغموها في الياء؛ لاجتماع الواو والياء مع سَبْق السكون، وكسروا الحاء لتسلم الياء، وتُجمَع على أَضاحِيَّ، بالتشديد، على أفاعيل، كالأَراوِيِّ في جمع الأُرْوِيَّة.

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ(*)، وَهَكَذَا ذَكَرَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ الِاخْتِلَافَ.

وَجْهُ السُّنَّةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ مِنكُمْ فَلَا يَأْخُذْ مِن شَعْرِهِ وَأَظْفَارِهِ شَيْئًا» وَالتَّعْلِيقُ بِالْإِرَادَةِ يُنَافِي الْوُجُوبَ، وَلِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ وَاجِبَةً عَلَى

قال الأصمعي: فيها أربع لغات: إِضْحِيَّة وأُضْحِيَّة(١)، وضَحِيَّة على فَعِيلَة، والجمع: ضحايا، كهدية وهدايا، وأَضْحاة، والجمع: أَضْحَى، كأَرْطاة وأَرْطَى. قال الفراء: الأَضْحَى يُذَكَّر ويؤنث.

وشرعًا: هي تضحية حيوان مخصوص بسنٍّ من الإبل والبقر والغنم والمعز، وهي الثَّنِيُّ فصاعدًا من الأنواع الأربعة.

وسببها يوم الأضحية. وشرائطها تذكر في أثناء المسائل.

وركنها؛ ما يجوز ذبحها بنية الأضحية في يوم الأضحية.

وثبتت شرعيتها بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب قوله: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ ۝٢﴾ [الكوثر:٢] قيل: هو التضحية؛ لما رُوِي أنه عليه الصلاة والسلام «ضَحّى بِكَبشَيْن...» الحديث(٢)، وأجمع المسلمون على مشروعيته.

قوله: (وهكذا ذَكَرَ بعضُ المشايخ الاختلافَ).

وفي الكافي: الأصح أنها واجبة عند أصحابنا، وبه قال مالك والليث وربيعة والثوري والأوزاعي.

وقال الشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد في رواية عنهما: إنها سنة، وبه قال أكثر أهل العلم.

لهم؛ قوله ﷺ: **«مَنْ أرادَ أَنْ يُضَحِّيَ منكمْ فلا يَأْخُذْ مِنْ شَعَرِهِ وأظفارِهِ شيئًا»**(٣) والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب، وقوله ﷺ: **«ضَحُّوا؛ فإنَّها سُنَّةُ أبيكمْ**

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) بعدها في الصحاح (٦/ ٢٤٠٧): (والجمع: أَضَاحِيُّ).

(٢) أخرجه البخاري (٢/ ١٧١ رقم ١٧١٤) (٧/ ١٠٠ رقم ٥٥٥٤) ومسلم (٣/ ١١٥٦ رقم ١٩٦٦) من حديث أنس رضي الله عنه.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

الْمُقِيمِ لَوَجَبَتْ عَلَى الْمُسَافِرِ، لِأَنَّهُمَا لَا يَخْتَلِفَانِ فِي الْوَظَائِفِ الْمَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ وَصَارَ كَالْعَتِيرَةِ.

وَوَجْهُ الْوُجُوبِ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ وَجَدَ سَعَةً وَلَمْ يُضَحِّ فَلَا يَقْرَبَنَّ مُصَلَّانَا» وَمِثْلُ هَذَا الْوَعِيدِ لَا يَلْحَقُ بِتَرْكِ غَيْرِ الْوَاجِبِ، وَلِأَنَّهَا قُرْبَةٌ يُضَافُ

إبراهيمَ»[١] وقوله عليه الصلاة والسلام: «ثَلاثٌ كُتِبَ عليَّ ولمْ يُكتَبْ عليكمْ» وفي رواية: «وهُنَّ لكمْ تَطَوُّعٌ: الوِترُ والأُضحِيّةُ وصلاةُ الضُّحَى»[٢] وفي رواية: «ورَكعتا الفَجرِ»[٣].

ولأنها لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم كالعَتِيرة، وهي شاة تُذبَح في الجاهلية في رجب، وتسمى رجبية، وهي لا تجب على المسافر، وكذا على المقيم بالإجماع، [فإنها كان][٤] في بدء الإسلام ثم نُسِخ.

وفي الإيضاح: العَتِيرة: أول ولد الناقة، والشاة ذبح[٥] وتُؤكَل وتُطعَم، وذَكَر في الرجبية على وَفْق تفسير العتيرة في الكتاب، ثم قال: ثلاثة دماء كانت في الجاهلية: الرجبية والعتيرة والعقيقة، نسختها الأضحية؛ لأنهما يستويان في ملك المال، وإنما يفترقان في البدني لا المالي؛ لِلُحُوق المشقة إلى المسافر في الأداء بالبدن.

وعن أبي بكر وعمر؛ [أنهما لا][٦] يضحيان سنة أو سنتين؛ مخافة أن يراها الناس واجبة، ولأنها لو كانت واجبة لا يحل له الأكل منها، كما في جزاء الصيد وغيره، وللغنيِّ أيضًا.

ولنا الحديث المذكور في المتن، رواه أبو هريرة، وإلحاق هذا الوعيد لا

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٤٢٢ رقم ٣٤٦٧) من حديث زيد بن أرقم ﷺ وصححه، وتعقبه الذهبي فقال: عائذ الله قال أبو حاتم منكر الحديث.

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٢٣١ رقم ٢٠٥٠) والحاكم (١/ ٤٤١ رقم ١١١٩) من حديث ابن عباس ﷺ. وضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ٢٥٨) من جميع طرقه.

(٣) هي في رواية الحاكم (١/ ٤١١ رقم ١١١٩).

(٤) كذا في الأصل، والصواب: (فإنها كانت).

(٥) كذا بالنسختين، وفي البناية (١٢/ ٦): (تذبح).

(٦) كذا في الأصل، والصواب: (أنهما كانا) وانظر المبسوط (١٢/ ٨).

إِلَيْهَا وَقْتُهَا. يُقَالُ: يَوْمُ الأَضْحَى، وَذَلِكَ يُؤْذِنُ بِالوُجُوبِ، لِأَنَّ الإِضَافَةَ لِلاخْتِصَاصِ وَهُوَ بِالوُجُودِ، وَالوُجُوبُ هُوَ المُفْضِي إِلَى الوُجُودِ ظَاهِرًا ....

يكون إلا بترك الواجب، وقوله ﷺ: «**مَنْ ضَحَّى قبلَ الصَّلاةِ فَلْيُعِدْ**»[1] والأمر بالإعادة يفيد الوجوب، وعن مِخْنَفِ بن سُلَيْم قال: إنه ﷺ قال: «**يَا أَيُّها الناسُ، إنَّ على كلِّ أهلِ بيتٍ في كلِّ عامٍ أُضْحِيَّةً وعَتِيرَةً**»[2].

ونسخت العتيرة وبقيت الأضحية، وعن أم بلال الأسلمية قالت: قال رسول الله ﷺ: «**ضَحُّوا بالجَذَعِ [٢/ ٤١٤/ب] من الضَّأْنِ**»[3] وعن معاذ بن جبل قال: كان رسول الله ﷺ «**يَأْمُرُ أَنْ يُضَحَّى، ويَأْمُرُ أن يُطعَمَ جارُهُ**» وعن الحسن البصري أنه ﷺ «**أمرَ بالأضحَى**».

فإن قيل: قال أحمد بن حنبل: حديث أبي هريرة منكر، وقال الدارقطني: قد رُوِي موقوفًا، والموقوف أصح من كونه منكرًا.

قلنا: كونه موقوفًا في رواية لا يمنع الاحتجاج به؛ لأن مثل هذا لا يقال عن رأي.

قال ابن حزم: حديث مِخْنَفٍ روايةُ مجهولٍ، وحديث الحسن مرسل، ولحديث أبي هريرة راويان كلاهما مجهولان.

قلنا: جهالة الراوي لا تقدح في صحة الحديث، والمرسل حجة عندنا، خصوصًا إذا أُيِّدَ بحديث أو عمل الصحابة.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ١٧) من حديث أنس رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٩٣ رقم ٢٧٨٨) والترمذي (٣/ ١٥١ رقم ١٥١٨) والنسائي (٧/ ١٧٦ رقم ٤٢٢٤) وابن ماجه (٢/ ١٠٤٥ رقم ٣١٢٥) من حديث مِخْنَف بن سُلَيم رضي الله عنه قال الترمذي: حسن غريب.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٤٩ رقم ٣١٣٩) والبيهقي في السنن الكبرى (٩/ ٢٧١ رقم ١٩٥٤٥) من حديث أم بلال.

قال السندي في حاشيته على سنن ابن ماجه (٢/ ٢٧٥): والحديث من الزوائد ولم يتعرض في الزوائد لإسناده، وقال الدميري: قال ابن حزم: إنه حديث ساقط لجهالة أم محمد بن أبي يحيى، وأم بلال أيضا مجهولة لا يدرى أنها صحابية أم لا؟ كذا قال؛ فأصاب في الأول وأخطأ في الثاني فقد ذكر أم بلال في الصحابة ابن منده وأبو نعيم وابن عبد البر قال الذهبي في الميزان: إنها لا تُعرَفُ ووثقها العجلي.

بِالنَّظَرِ إِلَى الجِنْسِ، غَيْرَ أَنَّ الأَدَاءَ يَخْتَصُّ بِأَسْبَابٍ يَشُقُّ عَلَى المُسَافِرِ اسْتِحْضَارُهَا وَيَفُوتُ بِمُضِيِّ الوَقْتِ، فَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الجُمُعَةِ، وَالمُرَادُ بِالإِرَادَةِ فِيمَا رُوِيَ ـ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ ـ مَا هُوَ ضِدُّ السَّهْوِ لَا التَّخْيِيرُ ....

قوله: (بالنظر إلى الجنس) أي: جنس المكلفين؛ إذ جنسهم عادة لا يجتمعون على ترك الواجب. **(والمراد بالإرادة هاهنا ما هو ضد السهو)**، وهو القصد؛ لأنا أجمعنا على أنه غير مخير، فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ أرادَ التضحيةَ**»[(١)]: التي هي واجبة، كقول القائل: من أراد منكم الجمعة فليغتسل.

وأما في قوله: «**فإنّها سُنَّةُ أبيكُمْ إبْراهِيمَ**»[(٢)] أي: طريقته، لا تنفي الوجوب؛ بل قوله: «**ضَحُّوا**»[(٣)] فإنه يفيد الوجوب، ولا حجة لكم في قوله: «**كُتِبَ عَلَيَّ**»[(٤)] لأنا نقول: إنها غير مكتوبة علينا، بل هي واجبة، حتى لا يكفرُ جاحده، والمراد بالمكتوبة: الفرض.

وتأويل حديث أبي بكر وعمر: أنهما لا يضحيان في حالة الإعسار؛ مخافة أن يراها الناس واجبة على المُعْسِرين، أو في حال السفر، وأما إباحة التناول للمُضحِّي والأغنياء؛ فبإذن مَن له الحق، قال تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج:٣٦] فلما أباح التناول له - وهو غني -؛ فَلَأَنْ يباح الإطعام للأغنياء - وهم غير المضحي - أولى. إليه أشار في المبسوط[(٥)].

وقوله: (غيرَ أنَّ الأداءَ) جواب عن قولهم: يوجب على المسافر، يعني لا يجب الأداء على المسافر **(بأسباب)** أي: شرائط تختص بالأضحية.

(يَشُقُّ على المسافر استحضارُها) أي: تحصيلها، مثل تحصيل شاة خالية عن العيوب المانعة، ورعاية فراغ الإمام عن الصلاة في حق أهل المصر على وجه لم يَبْقَ عليه من واجباتها، ورعاية طلوع الفجر الثاني من يوم النحر في حق أهل السواد، فسقطت عن المسافر تخفيفًا، كما سقط عنه الوضوء وجاز التيمم

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) تقدم تخريجه قريبا.
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ٩).

وَالعَتِيرَةُ مَنْسُوخَةٌ، وَهِيَ شَاةٌ تُقَامُ فِي رَجَبٍ عَلَى مَا قِيلَ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّ الوُجُوبُ بِالحُرِّيَّةِ لِأَنَّهَا وَظِيفَةٌ مَالِيَّةٌ لَا تَتَأَدَّى إِلَّا بِالمِلْكِ، وَالمَالِكُ هُوَ الحُرُّ؛ وَبِالإِسْلَامِ لِكَوْنِهَا قُرْبَةً، وَبِالإِقَامَةِ لِمَا بَيَّنَّا، وَاليَسَارِ لِمَا رَوَيْنَا مِن اشْتِرَاطِ السَّعَةِ؛ وَمِقْدَارُهُ مَا يَجِبُ بِهِ صَدَقَةُ الفِطْرِ وَقَدْ مَرَّ فِي الصَّوْمِ، وَبِالوَقْتِ وَهُوَ يَوْمُ الأَضْحَى، لِأَنَّهَا مُخْتَصَّةٌ بِهِ، وَسَنُبَيِّنُ مِقْدَارَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَتَجِبُ عَنْ نَفْسِهِ، لِأَنَّهُ أَصْلٌ فِي الوُجُوبِ عَلَيْهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَنْ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى نَفْسِهِ، فَيَلْحَقُ بِهِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ. وَهَذِهِ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَرُوِيَ عَنْهُ: أَنَّهُ لَا تَجِبُ عَنْ وَلَدِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، بِخِلَافِ صَدَقَةِ الفِطْرِ(*)، لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَاكَ رَأْسٌ يَمُونُهُ وَيَلِي عَلَيْهِ، وَهُمَا مَوْجُودَانِ فِي الصَّغِيرِ، وَهَذِهِ قُرْبَةٌ مَحْضَةٌ. وَالأَصْلُ فِي القُرَبِ: أَنْ لَا تَجِبَ عَلَى الغَيْرِ بِسَبَبِ الغَيْرِ، وَلِهَذَا لَا تَجِبُ عَنْ عَبْدِهِ، وَإِنْ كَانَ يَجِبُ عَنْهُ صَدَقَةُ فِطْرِهِ، وَإِنْ كَانَ لِلصَّغِيرِ مَالٌ يُضَحِّي عَنْهُ أَبُوهُ أَوْ وَصِيُّهُ مِن مَالِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

عند الزيادة على ثمن المثل، فهذا أولى.

وقوله: (بالإقامة؛ لما بينّا) إشارة إلى قوله ﷺ: «مَنْ وَجَدَ سَعَةً...» الحديث[1].

والمراد من قول أصحابنا: الأضحية واجبة: التضحية، على حذف المضاف، كقوله: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة:١٩٧]؛ إذ الأفعال توصف بالوجوب لا الأعيان، ويحتمل أن يراد حقيقتها؛ لأن الأعيان توصف بالحرمة، وتوصف بالوجوب أيضًا، وسببُ وجوبِ الأضحيةِ الرأسُ، كما في صدقة الفطر، وقيل: الوقت.

قوله: (على ما بينا)، إشارة إلى قوله: (وتجب على كل حر مسلم).

قوله: (وهو ظاهر الرواية) وفي فتاوى قاضي خان: وعليه الفتوى.

قوله: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وبه قال مالك، وبقول الشافعي قال

(*) الراجح: هو ظاهر الرواية.

(١) تقدم تخريجه قريبا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَزُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: يُضَحِّي مِن مَالِ نَفْسِهِ لَا مِن مَالِ الصَّغِيرِ(*)، فَالخِلَافُ فِي هَذَا كَالخِلَافِ فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ. وَقِيلَ: لَا تَجُوزُ التَّضْحِيَةُ مِن مَالِ الصَّغِيرِ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، لِأَنَّ هَذِهِ القُرْبَةَ تَتَأَدَّى بِالإِرَاقَةِ، وَالصَّدَقَةُ بَعْدَهَا تَطَوُّعٌ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ مِن مَالِ الصَّغِيرِ، وَلَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَأكُلَ كُلَّهُ. وَالأَصَحُّ، أَنْ يُضَحِّيَ مِن مَالِهِ، وَيَأكُلَ مِنهُ مَا أَمْكَنَهُ، وَيَبْتَاعَ بِمَا بَقِيَ مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ. قَالَ: (وَيَذْبَحُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاةً، أَوْ يَذْبَحُ بَقَرَةً، أَوْ بَدَنَةً عَنْ سَبْعَةٍ) وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا تَجُوزَ إِلَّا عَنْ وَاحِدٍ، لِأَنَّ الإِرَاقَةَ وَاحِدَةٌ وَهِيَ القُرْبَةُ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِالأَثَرِ وَهُوَ مَا رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «نَحَرْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ البَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ وَالبَدَنَةَ عَنْ سَبْعَةٍ». وَلَا نَصَّ فِي الشَّاةِ، فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ. وَتَجُوزُ عَنْ سِتَّةٍ أَوْ

أحمد. **قوله: (ويأْكُل منه)** أي: الصغير يأكل من المُضَحَّى من ماله.

قوله: (ما يُنْتَفَعُ بِعَيْنِهِ) كالغِرْبال والمُنْخُل ونحوهما، وهذا في جلد الأضحية بلا خلاف من أصحابنا، وفي اللحم روايتان، ويجيء بعدُ بيان الخلاف.

قوله: (ولا نصَّ في الشاة) وقال مالك وأحمد والليث والأوزاعي: تجوز الشاة عن أهل بيت واحد، وكذا بقرة أو بَدَنَة؛ لأنه ﷺ لما ضحى كبشين، فلما قَرَّبَ أحدَهما قال: «**اللَّهُمَّ هذا عن مُحَمَّدٍ وأهلِ بيتِهِ**» وقرَّب الآخر وقال: «**اللَّهُمَّ هذا منكَ ولكَ عَمَّنْ وَحَّدَكَ مِنْ أُمَّتِي**»(١).

وعن أبي هريرة: لما ضحى بالشاة، فجاءت ابنته وتقول: عني؟ فقال: وعنك.

وقلنا: لا يدل عن وقوعه من اثنين، بل هذا هِبَةُ ثوابِها، وقد رُوِي عن ابن عمر أنه قال: الشاة من واحد.

(*) الراجح: قول محمد وزفر.

(١) أخرجه أبو نعيم في الحلية (٨/ ١٧٨) من حديث أبي هريرة ﷺ وقال: مشهور من غير وجه غريب من حديث يحيى.

وأخرجه أبو يعلى (٥/ ٤٢٧ رقم ٣١١٨) والطبراني في الأوسط (٣/ ٣١٩ رقم ٣٢٧٨) من حديث أنس ﷺ قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ٢٢ رقم ٥٩٧٢): فيه الحجاج بن أرطاة، وهو ثقة، ولكنه مدلس.

خَمْسَةٍ أَوْ ثَلَاثَةٍ، ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الأَصْلِ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ عَنِ السَّبْعَةِ فَعَمَّنْ دُونَهُمْ أَوْلَى، وَلَا تَجُوزُ عَنْ ثَمَانِيَةٍ أَخْذًا بِالقِيَاسِ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ أَقَلَّ مِن السُّبعِ، وَلَا تَجُوزُ عَن الكُلِّ لِانْعِدَامِ وَصْفِ القُرْبَةِ فِي البَعْضِ، وَسَنُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَقَالَ مَالِكٌ: تَجُوزُ عَنْ أَهْلِ بَيْتٍ وَاحِدٍ وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِن سَبْعَةٍ، وَلَا تَجُوزُ عَنْ أَهْلِ بَيْتَيْنِ وَإِنْ كَانُوا أَقَلَّ مِنهَا، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَلَى كُلِّ أَهْلِ بَيْتٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ» قُلْنَا: المُرَادُ مِنهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ، قَيِّمُ أَهْلِ البَيْتِ، ....

قوله: (وكذا إذا كان نصيبُ أَحَدِهِمْ أَقَلَّ مِن السُّبْع) لا يجوز من صاحب الكثير، كما لا يجوز من صاحب القليل، فلا يجوز منها؛ لفوات وصف القربة في البعض، وعدم تجزؤ هذا الفعل في كونه قربة، حتى لو مات رجل عن ابن وامرأة وبقرة وضَحَّيَا بها لم يجز؛ لأن نصيب المرأة الثُّمن؛ لما روينا أن البقرة عن سبعة، والبدنة عن سبعة، وعليه جمهور التابعين وأكثر أهل العلم بلا فصل بين الأجنبيين وغيرهم.

وعن ابن المسيب: البقرة عن سبعة، والجزور عن عشرة؛ لما روى رافع أنه عليه الصلاة السلام «عَدَلَ عشرةً منَ الغنمِ ببعيرٍ»[(١)].

وعن ابن عباس قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فحضر الأضحى «فاشْتَركنَا في الجزورِ [٢/٤١٥/أ] عن عَشَرةٍ، وفي البقرة عن سبعةٍ»[(٢)].

وقلنا: هذا في القسمة لا في الأضحية.

قوله: (وقلنا: المراد منه) أي: من قوله ﷺ: «على كل أهل بيت»[(٣)]: (قيم أهل البيت) دل عليه ما ذكر في بعض الروايات: «على كلِّ مسلمٍ في كلِّ عامٍ

---

(١) أخرجه البخاري (٣/١٣٨ رقم ٢٤٨٨) من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه.
(٢) اخرجه الترمذي (٢/٢٤١ رقم ٩٠٥) وابن ماجه (٢/١٠٤٧ رقم ٣١٣١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. قال الترمذي: حسن غريب.
وبنحوه أخرجه مسلم (٢/٩٥٦ رقم ١٣١٨) من حديث جابر رضي الله عنه.
(٣) تقدم تخريجه قريبا.

لِأَنَّ الْيَسَارَ لَهُ، يُؤَيِّدُهُ مَا يُرْوَى: «عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ فِي كُلِّ عَامٍ أُضْحَاةٌ وَعَتِيرَةٌ» وَلَوْ كَانَتْ الْبَدَنَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ نِصْفَيْنِ: تَجُوزُ فِي الْأَصَحِّ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ ثَلَاثَةُ الْأَسْبَاعِ، جَازَ نِصْفُ السُّبُعِ تَبَعًا، وَإِذَا جَازَ عَلَى الشَّرِكَةِ فَقِسْمَةُ اللَّحْمِ بِالْوَزْنِ لِأَنَّهُ مَوْزُونٌ، وَلَوْ اقْتَسَمُوا جُزَافًا لَا يَجُوزُ، إِلَّا إِذَا كَانَ مَعَهُ شَيْءٌ مِن الْأَكَارِعِ وَالْجِلْدِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ. قَالَ: (وَلَوْ اشْتَرَى بَقَرَةً يُرِيدُ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا عَنْ نَفْسِهِ، ثُمَّ اشْتَرَكَ فِيهَا سِتَّةٌ مَعَهُ: جَازَ اسْتِحْسَانًا) وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، لِأَنَّهُ أَعَدَّهَا لِلْقُرْبَةِ فَيُمْنَعُ عَنْ بَيْعِهَا تَمَوُّلًا، وَالِاشْتِرَاكُ هَذِهِ صِفَتُهُ.

أُضْحَاةٌ وعَتِيرةٌ»[١] وهذا محكم، وما رواه محتمل؛ فحملناه على المحكم.

قوله: (الأصح) هذا احتراز عن قول بعض [المشايخ][٢] حيث قالوا: لا يجزئهما؛ لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سُبْع، ونصف السبع لا يجوز في الأضحية، فإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي، والأصح أنه يجوز، وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد؛ لأن نصف السُّبْع وإن لم يكن أضحية فهي قربة تبعًا للأضحية، فلا يصير لحمًا، كذا في الذخيرة.

والأفضل في التضحية: البدنة من الإبل والبقرة عندنا والشافعي وأحمد، وعند مالك: الأفضل: الشاة.

قوله: (ولو اقتسموا جُزافًا لا يجوز)؛ لأن في القسمة معنى التمليك، فلم يجز مجازفةً عند وجود الجنس والوزن، ولا يجوز التحليل أيضًا؛ لأنه في معنى الهبة، وهبة المَشاع فيما يقسم لا تجوز. إليه أشار في الإيضاح.

(إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد) يعني يجوز، وحينئذ يكون بعض اللحم مع الأكارع، ومع الآخر البعض مع الجلد، حتى يُصرَفُ الجنسُ إلى غير الجنس.

قوله: (والاشتراك هذه صفته): أي: البيع طريق التمول.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ قَدْ يَجِدُ بَقَرَةً سَمِينَةً يَشْتَرِيهَا وَلَا يَظْفَرُ بِالشُّرَكَاءِ وَقْتَ البَيْعِ، وَإِنَّمَا يَطْلُبُهُمْ بَعْدَهُ فَكَانَتْ الحَاجَةُ إِلَيْهِ مَاسَّةً فَجَوَّزْنَاهُ دَفْعًا لِلْحَرَجِ، وَقَدْ أَمْكَنَ، لِأَنَّ بِالشِّرَاءِ لِلتَّضْحِيَةِ لَا يَمْتَنِعُ البَيْعُ، وَالأَحْسَنُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ قَبْلَ الشِّرَاءِ لِيَكُونَ أَبْعَدَ عَنِ الخِلَافِ، وَعَنْ صُورَةِ الرُّجُوعِ فِي القُرْبَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُكْرَهُ الِاشْتِرَاكُ بَعْدَ الشِّرَاءِ لِمَا بَيَّنَّا قَالَ: (وَلَيْسَ عَلَى الفَقِيرِ وَالمُسَافِرِ أُضْحِيَّةٌ) لِمَا بَيَّنَّا. وَأَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ كَانَا لَا يُضَحِّيَانِ إِذَا كَانَا مُسَافِرَيْنِ، وَعَنْ عَلِيٍّ: وَلَيْسَ عَلَى المُسَافِرِ جُمُعَةٌ وَلَا أُضْحِيَّةٌ. قَالَ: (وَوَقْتُ الأُضْحِيَّةِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ مِن يَوْمِ النَّحْرِ)، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَهْلِ الأَمْصَارِ الذَّبْحُ حَتَّى يُصَلِّيَ الإِمَامُ العِيدَ، فَأَمَّا أَهْلُ السَّوَادِ فَيَذْبَحُونَ بَعْدَ الفَجْرِ.

وَالأَصْلُ فِيهِ: ....

وفي المبسوط[(١)]: يوضحه أن هذا رجوع عن بعض ما تقرب به، وذلك حرام؛ لأن بالشراء بالتضحية لا يمتنع البيع.

وفي المبسوط[(٢)]: بنفس الشراء لا يمتنع البيع، فلا يتعين للتضحية، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله: **(لأنه أعدها للقربة فيمتنع بيعها**[(٣)]...) إلى آخره.

قوله: (ليس على الفقير والمسافر أضحية؛ لما بينا) إشارة إلى قوله: (واليسار؛ لما روينا، والإقامة؛ لما بينا).

قوله: (الوقت يدخل بطلوع الفجر) وقال الشافعي وأحمد وابن المنذر: إذا مضى من نهار العيد: قدر تَحِل الصلاة فيه، وقدر الصلاة والخطبتين في أخف ما يكون، سواء صلى الإمام أو لم يُصَلِّ، وسواء كان في المصر أو في القرى.

ولا تشترط صلاة الإمام عند الشافعي، وعندنا ومالك وأحمد تشترط صلاة الإمام في موضع يصلي الإمام **(والأصل فيه)** أي: في اشتراط الصلاة لجواز

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٥).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٣).
(٣) انظر متن ص: ١١.

قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ ذَبَحَ شَاةً قَبْلَ الصَّلَاةِ فَلْيُعِدْ ذَبِيحَتَهُ، وَمَنْ ذَبَحَ بَعْدَ الصَّلَاةِ فَقَدْ تَمَّ نُسُكُهُ وَأَصَابَ سُنَّةَ الْمُسْلِمِينَ» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ أَوَّلَ نُسُكِنَا فِي هَذَا الْيَوْمِ الصَّلَاةُ ثُمَّ الْأُضْحِيَّةُ» غَيْرَ أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ فِي حَقِّ مَنْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ، وَهُوَ الْمِصْرِيُّ دُونَ أَهْلِ السَّوَادِ، لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لِاحْتِمَالِ التَّشَاغُلِ بِهِ عَنْ الصَّلَاةِ، وَلَا مَعْنَى لِلتَّأْخِيرِ فِي حَقِّ الْقَرَوِيِّ وَلَا صَلَاةَ عَلَيْهِ، وَمَا رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِي نَفْيِهِمَا الْجَوَازَ بَعْدَ الصَّلَاةِ قَبْلَ نَحْرِ الْإِمَامِ، ثُمَّ

التضحية (قوله ﷺ) للحديث الوارد عن البراء بن عازب. متفق عليه[(١)].

قوله: (وما رويناه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**وَمَنْ ذَبَحَ بعدَ الصَّلاةِ**»[(٢)] (حجة على مالك والشافعي في نفي الجواز...) إلى آخره؛ لأنه قال: «**بعدَ الصّلاةِ**» من غير فصل بعد نحر الإمام أو قبله، إلا أني ما وجدت نحر الإمام شرطًا عند الشافعي، بل شرطًا عند مالك.

واختلف أصحاب مالك في الإمام الذي لا يجوز أن يضحي قبل تضحيته؛ قال بعضهم: هو أمير المؤمنين، وقال بعضهم: أمير البلد، وقال بعضهم: هو الذي يصلي بالناس صلاة العيد، إلا أن الشافعي لم يُجَوِّزْ قبل تمام الخطبة، وعندنا وأحمد وأصحاب الظاهر؛ لإطلاق الحديث.

قال ابن حزم: لا معنى لقول الشافعي؛ لأنه ﷺ لم يحد وقت التضحية بذلك، وقول مالك بلا حجة وخلاف الخبر أيضًا؛ إذ لم يأمر النبي ﷺ قط بمراعاة تضحية الغير، وما نعرف في مراعاة تضحية الإمام عن أحد قبله شيئًا.

قيل في جوابه: فقد أخبر أبو الزبير أنه قال: سمعت جابر بن عبد الله يقول: «**أمرَ رسولُ اللهِ ﷺ من كانَ نحرَ قبلَهُ أن يُعيدَ بنحرٍ آخرَ، ولا ينحَروا حتَّى ينحرَ النبيُّ ﷺ**»[(٣)].

وقوله ﷺ: «**إنّ أولَ نُسُكِنا في هَذا اليومِ...**»[(٤)] الحديث يدل على أن

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٥٥ رقم ١٩٦٤) من حديث جابر رضي الله عنه.
(٤) تقدم تخريجه قريبا.

الْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ مَكَانُ الْأُضْحِيَّةِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ فِي السَّوَادِ وَالْمُضَحِّي فِي الْمِصْرِ يَجُوزُ كَمَا انْشَقَّ الْفَجْرُ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْعَكْسِ لَا يَجُوزُ إِلَّا بَعْدَ الصَّلَاةِ. وَحِيلَةُ الْمِصْرِيِّ إِذَا أَرَادَ التَّعْجِيلَ أَنْ يَبْعَثَ بِهَا إِلَى خَارِجِ الْمِصْرِ فَيُضَحِّيَ بِهَا كَمَا طَلَعَ الْفَجْرُ، لِأَنَّهَا تُشْبِهُ الزَّكَاةَ مِن حَيْثُ إِنَّهَا تَسْقُطُ بِهَلَاكِ الْمَالِ قَبْلَ مُضِيِّ أَيَّامِ النَّحْرِ كَالزَّكَاةِ بِهَلَاكِ النِّصَابِ، فَيُعْتَبَرُ فِي الصَّرْفِ مَكَانُ الْمَحَلِّ لَا مَكَانُ الْفَاعِلِ اعْتِبَارًا بِهَا، بِخِلَافِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ، لِأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِهَلَاكِ الْمَالِ بَعْدَمَا طَلَعَ الْفَجْرُ مِن يَوْمِ الْفِطْرِ، وَلَوْ ضَحَّى بَعْدَمَا صَلَّى أَهْلُ الْمَسْجِدِ وَلَمْ يُصَلِّ أَهْلُ الْجَبَّانَةِ أَجْزَأَهُ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّهَا صَلَاةٌ مُعْتَبَرَةٌ، حَتَّى لَوْ اكْتَفَوْا بِهَا أَجْزَأَتْهُمْ، وَكَذَا عَلَى عَكْسِهِ.

الوقت قبله لإضافة النسك إلى اليوم، وهو من أول طلوع الفجر، إلا أن في المصر شرط الصلاة لجوازها؛ لحديث البراء، ولو كانت بلدة لا يصلى فيها لوقوع الفتنة أو لغلبة أهل الفتنة أو لعدم السلطان أو نائبه يضحون بعد الزوال؛ لأن قبل ذلك الصلاة مرجوة.

وفي الكبرى: لو ضحوا بعد طلوع الفجر يجوز.

وفي المختار: لأنها صارت كالسواد، ولو فاتت الصلاة إما سهوًا أو عمدًا جاز لهم التضحية في هذا اليوم، ولو خرج الإمام إلى الصلاة من الغد أو بعده فضحى الناس قبل أن يصلي الإمام جاز؛ لأن الوقت المسنون فات بزوال الشمس من اليوم الأول، فبعده الصلاة على وجه القضاء، فلا يظهر في حق التضحية.

ولو صلى الإمام صلاة العيد بغير وضوء ولم يعلم به حتى ذبح الناس جازت الأضحية، سواء علموا قبل أن يتفرق الناس أو بعده، [٢/ ٤١٥/ب] ومتى علم الإمام ونادى: الصلاة؛ ليعيدها، فمن ذبح قبل العلم بالنداء جاز، وبعده لا.

ولو ذبح بعد الزوال جاز؛ لأنه مضى مدة وقت الإعادة. كذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان.

قوله: (صلى أهل المسجد...) إلى آخره، ومعنى هذا أن الإمام يخرج إلى

وَقِيلَ: هُوَ جَائِزٌ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا. قَالَ: (وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ: يَوْمُ النَّحْرِ وَيَوْمَانِ بَعْدَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ بَعْدَهُ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَيَّامُ التَّشْرِيقِ كُلُّهَا أَيَّامُ ذَبْحٍ» وَلَنَا: مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ أَنَّهُمْ قَالُوا: أَيَّامُ النَّحْرِ ثَلَاثَةٌ، أَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا، وَقَدْ قَالُوهُ سَمَاعًا لِأَنَّ الرَّأْيَ لَا يَهْتَدِي إِلَى

الجبانة بالناس، ويستخلف من يصلي بالضَّعَفَة في الجامع، هكذا فعل عليٌّ حين قدم الكوفة - أجزأه استحسانًا[١]، وفي القياس: لا يجزئه؛ لأن هذا قبل الصلاة من وجه، وبعدها من وجه، فلا يجوز بالشك احتياطًا في العبادات، وفي الاستحسان: يجوز؛ لأن الشرط هو الذبح بعد صلاة معتبرة، وقد وجدت.

قوله: (وقيل هو) أي: العكس (جائز قياسًا واستحسانًا) لأن المسنونَ في العيدِ الخروجُ إلى الجبانة، فأهل الجبانة أصل، وقد صلوا، وقيل: فيه القياس والاستحسان؛ لما ذكرنا.

قال الحلواني: هذا إذا ضحَّى رجل ممن صلّوا، أما إذا ذبح رجل من الذين لم يصلوا؛ لم يجز قياسًا واستحسانًا.

وقال الزعفراني: يجري القياس والاستحسان في الذبح بعد أمد الصلاة مطلقًا، سواء ممن صلى أو لم يصل.

وذكر القدوري، الجواز مطلقًا بعدما صلى إحدى الطائفتين، ولم يذكر القياس والاستحسان.

قوله: (أيام النحر ثلاثة) وبه قال مالك وأحمد والثوري، وخمسة من أصحاب رسول الله ﷺ: عمر وعليٌّ وابن عباس وابن عمر وأبو هريرة وأنس.

وقال ابن سيرين: لا يجوز الذبح إلا في يوم النحر خاصة؛ لأنها وظيفة عيد، فلا يجوز إلا في يوم واحد، كأداء الفطر يوم الفطر، وبقوله قال سعيد بن جبير، وجابر بن زيد في أهل الأمصار، وبقولنا في أهل مِنًى.

وقال أصحاب الظاهر: تجوز التضحية إلى هلال محرم، وبه قال سلمة بن

---

(١) في الأصل: (استحبابا)، والمثبت من النسخة الثانية.

المَقَادِيرِ، وَفِي الأَخْبَارِ تَعَارُضٌ فَأَخَذْنَا بِالمُتَيَقَّنِ وَهُوَ الأَقَلُّ، وَأَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا كَمَا قَالُوا: وَلِأَنَّ فِيهِ مُسَارَعَةً إِلَى أَدَاءِ القُرْبَةِ وَهُوَ الأَصْلُ إِلَّا لِمُعَارِضٍ. ....

عبد الرحمن وعطاء بن يسار؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾ [الحج:٣٦] وفعل الخير حسن في [كل][(١)] وقت، فلم يخص وقتًا دون وقت بلا نصٍّ ولا إجماع.

وروى محمد بن إبراهيم التيمي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف وسليمان بن يسار أنهما قالا: بلغنا أنه ﷺ قال: «**الأَضْحَى إلى هلالِ المُحرَّمِ لِمَنْ يَسْتأني بِذَلكَ**»[(٢)] وهذا مرسل، وهو حجة عند الحنفيين والمالكيين.

وقال الشافعي: أربعة أيام، وبه قال عطاء والحسن، وقد روي عن عليٍّ مثله.

قوله: **(وفي الأخبار تعارض)** كما ذكرنا، ولأن اليوم الرابع لا يجب الرمي فيه، فلم تجز التضحية فيه كالذي بعده، ولأنه لا تعارض لقول من سمَّيْنا من الصحابة إلا رواية عن علي، وقد روي عنه مثل مذهبنا، وفي الحديث: «**أيامُ مِنًى...**»[(٣)] وفي اليوم الرابع لا يجب الرمي، فلا يكون من أيام مِنًى.

قوله: **(إلا لمعارض)** كما في الإسفار بالفجر، والإبراد بالظهر.

أما قولُ الظاهرية فلا تخص بوقت دون وقت بلا إجماع ولا نصٍّ - غيرُ مُسَلَّم؛ لأنا قد بينا أن أحدًا من الصحابة ما قال: إلى هلال محرم، فيكون إجماعًا، مع أنا قلنا: إن الأثر في هذا كالمسموع من رسول الله ﷺ.

فإن قيل: كيف يكون إجماعًا، وقد خالف فيه عطاء وعمر بن عبد العزيز

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل (ص: ٢٧٧ رقم ٣٧٧) والبيهقي في (٩/ ٢٩٧ رقم ١٩٧٣٣) عن أبي سلمة وسليمان بن يسار بلاغا.

(٣) يشير المصنف إلى حديث عبد الرحمن بن يعمر رضي الله عنه مرفوعا: «الحجُّ عرفةَ، من جاءَ ليلةَ جمعٍ قبلَ طلوعِ الفجرِ فقد أدركَ الحجَّ، أيامُ مِنًى ثلاثةٌ، فمنْ تعجَّلَ في يومينِ فلا إثمَ عليه، ومنْ تأخَّرَ فلا إثمَ عليه» أخرجه أبو داود (٢/ ١٩٦ رقم ١٩٤٩) والترمذي (٢/ ٢٢٩ رقم ٨٨٩) والنسائي (٥/ ٢٦٤ رقم ٣٠٤٤) وابن ماجه (٢/ ١٠٠٣ رقم ٣٠١٥) قال ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٣٣٠): صحيح.

وَيَجُوزُ الذَّبْحُ فِي لَيَالِيهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ لِاحْتِمَالِ الغَلَطِ فِي ظُلْمَةِ اللَّيْلِ، وَأَيَّامُ النَّحْرِ ثَلَاثَةٌ، وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ ثَلَاثَةٌ، وَالكُلُّ يَمْضِي بِأَرْبَعَةٍ: أَوَّلُهَا نَحْرٌ لَا غَيْرُ، وَآخِرُهَا تَشْرِيقٌ لَا غَيْرُ، وَالمُتَوَسِّطَانِ نَحْرٌ وَتَشْرِيقٌ، ....

والحسن والزهري وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار؟.

قلنا: ندعي إجماع الصحابة فيكون حجة عليهم، مع أن قول أكثر الصحابة حجة بلا خلاف.

وما ذكر ابن حزم أن ما رواه عن أنس وغيره من الصحابة بثلاثة أيام ضعيف أو مجهول كلام صدر عن التعصب والألسن كذلك؛ فإن العدول مثل أحمد بن حنبل وغيره نقلوا عنهم، وما ذكر من الآية ليس على إطلاقه، فإن كثيرًا من أفعال الخير تختص، فكان هذا مخصوصًا، مع أنه لم يجز في المحرم مع إطلاقه، وما روي عن حديث التيمي غريب مع أنه مرسل، وهو غير حجة عنده.

قوله: (**يجوز الذبح في لياليها**) والمراد الليلتان المتوسطتان لا غير لا ليلة الرابع عندنا؛ لخروج وقت التضحية بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر، وعند الشافعي يبقى.

أما ليلة العاشر، وهي ليلة العيد، لا يجوز بإجماع العلماء؛ لأن ليلة النحر تبع لنهار عرفة بالحديث؛ رفقًا بالناس، وبقولنا قال الشافعي وأحمد وأصحاب الظاهر.

وقال مالك وأحمد في رواية: لا يجوز في الليل؛ لأنه تعالى قال: ﴿لِيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ [الحج: ٣٤] وعنه ﷺ: «**نهى عن الذَّبحِ باللَّيلِ**»(١)، ولأنه ليل يوم يجوز الذبح فيه، فأشبه ليلة النحر، ولأن الذبح بالليل تتعذر فيه تفرقة اللحم طريًّا في الغالب، [٢/٤١٦/أ] وقد يفوت بعض المقصود، ولهذا قالوا بكراهة الذبح فيه.

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١/ ١٩٠ رقم ١١٤٥٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ٣٥٢): فيه سليمان بن سلمة الخبائري، وهو متروك.
ثم قال ابن حجر: وذكره عبد الحق من حديث عطاء بن يسار مرسلا، وفيه مبشر بن عبيد؛ وهو متروك.

وَالتَّضْحِيَةُ فِيهَا أَفْضَلُ مِن التَّصَدُّقِ بِثَمَنِ الأُضْحِيَّةِ، لِأَنَّهَا تَقَعُ وَاجِبَةً أَوْ سُنَّةً، وَالتَّصَدُّقُ تَطَوُّعٌ مَحْضٌ فَتَفْضُلُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهَا تَفُوتُ بِفَوَاتِ وَقْتِهَا، وَالصَّدَقَةُ يُؤْتَى بِهَا فِي الأَوْقَاتِ كُلِّهَا فَنَزَلَتْ مَنْزِلَةَ الطَّوَافِ وَالصَّلَاةِ فِي حَقِّ الآفَاقِيِّ (وَلَوْ لَمْ يُضَحِّ حَتَّى مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ، إنْ كَانَ أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ ....

ولنا؛ أن الليل تبع لليوم، فصارت وقتًا للذبح، ولهذا يجوز الرمي فيه بالإجماع، فيكون وقتًا للذبح، إلا أنه يكره؛ لاحتمال الغلط في المذبح أو على الوجه المسنون.

وأما الآية ففيها ذكر، لا ذبح وتضحية، مع أن الذكر يجوز في لياليها بالإجماع، وأما الحديث ففيه عن مبشر[١] بن عبيد، وهو مذكور بوضع الحديث عمدًا، ولو صح لا حجة له فيه؛ لأنه نهى عن الذبح مطلقًا، وهو يجوز الذبح فيه، مع أنه يمكن أن يكون النهي لمعنى احتمال الغلط، فيبقى محتملًا، والقياس في ليلة النحر كذلك، إلا أنه ثبت ذلك بخلاف القياس، فيقتصر عليه، ولأن وقت التضحية يدخل بعد مضيها بالإجماع.

قوله: (والتضحية فيها) أي: في أيام النحر **(أفضل من التصدق)** أما في حق الفقير؛ لأنها تقع واجبة على ظاهر الرواية، أو سنة على رواية أخرى، وقول الشافعي وأحمد؛ لأن إراقة الدم في هذه الأيام أفضل؛ لأنه ﷺ والخلفاء بعده ضحوا فيها، ولو كان التصدق أفضل لاشتغلوا به، وروت عائشة ﵂ أنه ﷺ قال: **«ما عَمِلَ ابنُ آدمَ يومَ النّحرِ عملًا أحبَّ إلى اللهِ من إراقَةِ الدَّمِ»**[٢].

قوله: (منزلة الطواف والصّلاة في حق الآفاقي) فإن طواف التطوع أفضل في حقه [من][٣] صلاة التطوع بمكة، بخلاف المكي؛ لما ذكر من المعنى، ولا يُعلم فيه خلاف.

قوله: (إن كان أوجب على نفسه) قيد الإيجاب غير مفيد؛ لأنه لو كان

---

(١) في الأصل: (مفسر) والنسخة الثانية: (ميسر) والصواب المثبت.

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ١٣٥ رقم ١٤٩٣)، وابن ماجه (٢/ ١٠٤٥ رقم ٣١٢٦) من حديث عائشة ﵂. قال الترمذي: حسن غريب.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَوْ كَانَ فَقِيرًا وَقَدْ اشْتَرَى الأُضْحِيَّةَ: تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِقِيمَةِ شَاةٍ اشْتَرَى أَوْ لَمْ يَشْتَرِ) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ عَلَى الغَنِيِّ.

وَتَجِبُ عَلَى الفَقِيرِ بِالشِّرَاءِ بِنِيَّةِ التَّضْحِيَةِ عِنْدَنَا، فَإِذَا فَاتَ الوَقْتُ وَجَبَ عَلَيْهِ التَّصَدُّقُ إِخْرَاجًا لَهُ عَنِ العُهْدَةِ، كَالجُمُعَةِ تُقْضَى بَعْدَ فَوَاتِهَا ظُهْرًا، ....

واجبًا بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك.

قوله: (أو كان فقيرًا تصدق) يعني إذا اشترى الفقير بنية الأضحية شاة، يجب عليه التضحية عندنا، خلافًا للشافعي وأحمد، أو ما يجب بالنذر بلا خلاف.

ثم عند الشافعي وأحمد يذبحها ويصنع بالمذبوح ما يصنع بالمذبوح في وقته، وفي التطوع مخير، كأن فرق لحمها كان القربة بذلك دون الذبح؛ لأنها شاة لحم وليست بأضحية.

وعندنا تصدق بها حية إن كان فقيرًا، وإن كان غنيًّا تصدق بقيمة شاة، اشترى أو لا، حتى لو ذبح الغني أو الفقير، ولم يتصدق بعينها لا يحل له تناولها، ويضمن فضل ما بين قيمتها مذبوحة وغير مذبوحة. كذا في الأوضح.

قوله: (كالجمعة تُقْضى بعد فواتها ظهرًا)، والجامع بينهما من حيث إن قضاء ما وجب عليه في الأداء غير جنس الأداء بطريق الاحتياط، وهذا لأن التضحية وإن ثبتت قربة في أيامها بالنص، إلا أنه احتمل أن يكون التصدق بعين الشاة أو قيمتها أصلًا؛ لأنه هو المشروع في باب المال كما في سائر الصدقات، وإنما تقبل منه التضحية؛ تطييبًا لطعام الضيافة، كما ذكر في الأصول.

فإن قيل: لو كان التصدق أصلًا؛ لكان أحب من التضحية في أيامها.

قلنا: هذا موهوم، فلم يعتبر بمقابلة المنصوص المتيقن، فإذا فات وقت المتيقن عملنا بالموهوم احتياطًا، كما في الفدية إذا عجز عن الصوم.

وفي الذخيرة: من كان موسرًا في آخر الوقت فلم يُضَحِّ، ومضى الوقت وجب عليها[1] التصدق بقيمة شاة، حتى لزمه الإيصاء بها.

---

(١) كذا في النسختين والصواب: (عليه).

وَالصَّوْمِ بَعْدَ العَجْزِ فِدْيَةً. قَالَ: (وَلَا يُضَحِّي بِالعَمْيَاءِ، وَالعَوْرَاءِ، وَالعَرْجَاءِ الَّتِي لَا تَمْشِي إِلَى المَنْسِكِ، وَلَا العَجْفَاءِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُجْزِئُ فِي الضَّحَايَا أَرْبَعَةٌ: العَوْرَاءُ البَيِّنُ عَوَرُهَا، وَالعَرْجَاءُ البَيِّنُ عَرْجُهَا، وَالمَرِيضَةُ البَيِّنُ

وفيها: من قال: لله علي أن أضحي شاة؛ فإن كان موسرًا فعليه أن يضحي بشاتين إلا أن يعين ما يجب عليه، وهذا لأن النذر إيجاب فينصرف إلى غير الواجب، ويحتمل الواجب تأكيدًا، فإذا نوى ما يحتمل يصح، ويجب عليه أضحية واحدة، ولو كان فقيرًا فعليه شاة؛ فإن أيسر كان عليه شاتان: ما وجب بالنذر، وما وجب باليسار.

وفي الإيضاح: لا يأكل مما وجب بالنذر، فلو نذر شاة بعينه تصدق بعينها بعد مضي الوقت.

قوله: (لا تمشي إلى المنسك) يجوز بالكسر: الموضع الذي يذبح فيه، والفتح: قياس من نَسَكَ لله نُسْكًا ومَنْسَكًا: إذا ذبح لوجهه.

ولا خلاف بين العلماء في منع هذه الأربعة الإجزاء بالحديث المذكور، رواه أبو داود والنسائي.

ومعنى العوراء: البَيِّنُ عَوَرُها؛ التي قد انخسفت وذهبت؛ لأنها قد ذهبت عينها، والعين عضو مستطاب، ولو كان على عينها بياض ولم تذهب جازت للتضحية؛ لأن عورها ليس ببيِّنٍ، ولا ينقص ذلك لحمها. كذا قيل.

وفي المبسوط[1]: والأصل في هذا أن العيب الفاحش مانع؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة:٢٦٧]، واليسير من العيب غير مانع؛ لأن الحيوان قلما ينجو عن اليسير، واليسير؛ ما لا أثر له في لحمها، وللعور أثر في ذلك؛ لأنه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين، وقلة العلف سبب العجز، ثم العين والأذن منصوص على [٢/٤١٦/ب] اعتبارهما، فإذا كانت مقطوعة الأذن لم يجز؛ لانعدام شرط منصوص، فإذا كانت مقطوعة الطرف فكذلك بالطريق الأولى.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٥).

مَرَضُهَا، وَالعَجْفَاءُ الَّتِي لَا تُنْقِي»، قَالَ: (وَلَا تُجْزِئُ مَقْطُوعَةُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ). أَمَّا الأُذُنُ فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «اسْتَشْرِفُوا العَيْنَ وَالأُذُنَ» أَيْ أُطْلُبُوا سَلَامَتَهُمَا. وَأَمَّا الذَّنَبُ: فَلِأَنَّهُ عُضْوٌ كَامِلٌ مَقْصُودٌ فَصَارَ كَالأُذُنِ. قَالَ: (وَلَا الَّتِي ذَهَبَ أَكْثَرُ أُذُنِهَا وَذَنَبِهَا، وَإِنْ بَقِيَ أَكْثَرُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ: جَازَ) لِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الكُلِّ بَقَاءً وَذَهَابًا، وَلِأَنَّ العَيْبَ اليَسِيرَ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَجُعِلَ عَفْوًا، وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مِقْدَارِ الأَكْثَرِ. فَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ عَنْهُ: وَإِنْ قُطِعَ مِن الذَّنَبِ، أَو الأُذُنِ، أَو العَيْنِ، أَو الأَلْيَةِ، الثُّلُثُ أَوْ أَقَلُّ أَجْزَأَهُ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ، لَمْ يُجْزِهِ، لِأَنَّ الثُّلُثَ تَنْفُذُ فِيهِ الوَصِيَّةُ مِن غَيْرِ رِضَا الوَرَثَةِ فَاعْتُبِرَ قَلِيلًا، وَفِيمَا زَادَ لَا تَنْفُذُ إِلَّا بِرِضَاهُمْ فَاعْتُبِرَ كَثِيرًا، وَيُرْوَى عَنْهُ، الرُّبُعُ، لِأَنَّهُ يَحْكِي حِكَايَةَ الكَمَالِ عَلَى مَا مَرَّ

والمراد من المريضة: هي التي يتبين أثره عليها؛ لأن ذلك ينقص لحمها، وبه قال أحمد في الأصح.

وقال الشافعي والقاضي الحنبلي: المراد بالمريضة: الجرباء؛ لأن الجرب يُفسِد اللحم ويُهزِل إذا كثر، وهذا تقييد للمطلق، وتخصيص للعموم بلا دليل.

قوله: (ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها) وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال مالك: إن ذهب كل الأذن لا يجوز، ولو ذهب ما دونه يجوز، وبه قال عطاء.

قوله: (الثلث أو أقله[1] أجزأه) ولا خلاف فيه، وهو رواية هشام عن محمد، قال الصدر الشهيد: وهو الأصح؛ لأنه ظاهر الرواية.

قوله: (ويروى عنه) أي: عن أبي حنيفة، وهي رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة على ما مر في الصلاة من أن انكشاف ربع العورة، وتقدير النجاسة بربع الثوب.

وفي الذخيرة: قال أبو بكر بن حامد: الثلث في حد القلة في ظاهر الرواية، وما زاد عليه كثير، وعندهما: النصف كثير، وما بين الثلث والنصف قريب.

---

(١) كذا في النسختين، والذي في المتن: (أقل).

فِي الصَّلَاةِ، وَيُرْوَى، الثُّلُثُ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ الوَصِيَّةِ: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا بَقِيَ الأَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ أَجْزَأَهُ، اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الصَّلَاةِ وَهُوَ اخْتِيَارُ الفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ(*).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَخْبَرْتُ بِقَوْلِي أَبَا حَنِيفَةَ، فَقَالَ: قَوْلِي هُوَ قَوْلُك. قِيلَ: هُوَ رُجُوعٌ مِنْهُ إِلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَقِيلَ: مَعْنَاهُ قَوْلِي قَرِيبٌ مِن قَوْلِك. وَفِي كَوْنِ النِّصْفِ مَانِعًا رِوَايَتَانِ عَنْهُمَا كَمَا فِي انْكِشَافِ العُضْوِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، ثُمَّ مَعْرِفَةُ

قوله: (قولي قريب من قولك) أي: القول الذي هو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه، كان أقرب إلى قول أبي يوسف الذي هو أكثر من النصف إذا بقي أجزاؤه بالنسبة إلى أن الربع مانع.

قوله: (وفي كون النصف مانعاً روايتان) لأن القليل عفو، والنصف ليس بقليل؛ لأن ما يقابله ليس بكثير، وفي رواية: غير مانع؛ لأن المانع هو الكثير، والنصف غير كثير؛ لأن ما يقابله ليس بقليل، وقد مر في الصلاة.

ولكن ذكر في المبسوط[1]؛ أن النصف مانع مطلقًا، فقال: لما استوى المانع والمُجَوِّز يترجح المانع احتياطًا، أما الشَّقُّ في الأذن عيب يسير، ألا ترى أنه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السِّمَة، فلا يمنع الجواز، ولا يعلم فيه خلاف.

وفي المبسوط[2]: ومن العلماء من قال: لا يجوز.

ويروى ذلك عن أحمد، أما ظاهر مذهبه أنه يجوز، ولكن يكره.

وجه عدم الجواز أنه ﷺ؛ «نهى أن يُضحَّى بمقابَلةٍ ولا مدابرَةٍ ولا خرقاءَ ولا شرقاءَ» رواه أبو داود والنسائي[3].

فالشرقاء: أن يكون الخرق في أذنها طولًا، والخرقاء: أن يكون عرضًا، والمقابلة: قطع في مقدم أذنها، والمدابرة: قطع في مؤخر أذنها.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٦).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٦).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٩٧ رقم ٢٨٠٤)، والترمذي (٣/ ١٣٨ رقم ١٤٩٨)، والنسائي (٧/ ٢١٦ رقم ٤٣٧٢)، وابن ماجه (٢/ ١٠٥٠ رقم ٣١٤٣) من حديث علي ﷺ. قال الترمذي: حسن صحيح.

المِقْدَارِ فِي غَيْرِ العَيْنِ مُتَيَسِّرٌ، وَفِي العَيْنِ قَالُوا: تُشَدُّ العَيْنُ المَعِيبَةُ بَعْدَ أَنْ لَا تَعْتَلِفَ الشَّاةُ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ، ثُمَّ يُقَرَّبُ العَلَفُ إِلَيْهَا قَلِيلًا قَلِيلًا، فَإِذَا رَأَتْهُ مِن مَوْضِعٍ أُعْلِمَ عَلَى ذَلِكَ المَكَانِ ثُمَّ تُشَدُّ عَيْنُهَا الصَّحِيحَةُ وَقُرِّبَ إِلَيْهَا العَلَفُ قَلِيلًا قَلِيلًا حَتَّى إِذَا رَأَتْهُ مِن مَكَان أُعْلِمَ عَلَيْهِ. ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى تَفَاوُتِ مَا بَيْنَهُمَا، فَإِنْ كَانَ ثُلُثًا فَالذَّاهِبُ الثُّلُثُ، وَإِنْ كَانَ نِصْفًا فَالنِّصْفُ. قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُضَحِّيَ بِالجَمَّاءِ) وَهِيَ الَّتِي لَا قَرْنَ لَهَا، لِأَنَّ القَرْنَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَقْصُودٌ، وَكَذَا مَكْسُورَةُ القَرْنِ لِمَا قُلْنَا (وَالخَصِيِّ)

وقلنا: هذا نهي تنزيه؛ لأن اشتراط السلامة من ذلك يشق؛ إذ لا يكاد يوجد سالمًا من هذا، وتأويل الحديث عندنا؛ هذا إذا كان الأذن مقطوعًا، وكان الذاهب أكثر من النصف، أو أكثر من الثلث على حسب الاختلاف.

قوله: (ويجوز أن يضحى بالجماء) ولا خلاف فيه لأحد، وكذا مكسورة القرن لما قلنا أنه **(لا يتعلق به مقصود)** وبه قال الشافعي.

وقال أحمد: إن انكسر أكثر من نصف القرن لا يجوز؛ لما روي عن علي أنه قال: نهى النبي ﷺ أن يضحَّى بأعضبِ الأذنِ والقرنِ، والعضب: الكسر بالنصف، فأكرهت ذلك، رواه أبو داود[(١)].

وقال مالك: إن كان قرنها يدمى لم يجز، وإلا جاز؛ لأن بالإدماء تصير كالمريضة.

وفي الكتاب: حديث عليٍّ لا يخلو من أن يكون مقدمًا على حديث البراء، وهو ما روي أنه ﷺ قال: «**أربعٌ لا تُجزِئُ في الأضاحِي: العَوراءُ البَيِّنُ عَوَرُها...**» الحديث[(٢)] فيكون منسوخًا بحديث البراء، أو متأخرًا، فيكون حديث عليّ زائدًا عليه، وما علمنا ثبوته لم نجعله منسوخًا بالشك، فيكون واجبَ العمل، وفيه ترجيح قول أحمد.

أما الجواب لحديث عليٍّ فأصحابنا قالوا: إن العيب اليسير لا يمنع

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٩٨ رقم ٢٨٠٥) والترمذي (٣/ ١٤٢ رقم ١٥٠٤) من حديث علي رضي الله عنه. وقال: حسن صحيح.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

لِأَنَّ لَحْمَهَا أَطْيَبُ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ مَوْجُوءَيْنِ» (وَالثَّوْلَاءِ) وَهِيَ الْمَجْنُونَةُ، وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَتْ تَعْتَلِفُ، لِأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِالْمَقْصُودِ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ لَا تَعْتَلِفُ فَلَا تُجْزِئُهُ.

(وَالْجَرْبَاءُ) إِنْ كَانَتْ سَمِينَةً: جَازَ، لِأَنَّ الْجَرَبَ فِي الْجِلْدِ وَلَا نُقْصَانَ فِي اللَّحْمِ، وَإِنْ كَانَتْ مَهْزُولَةً لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الْجَرَبَ فِي اللَّحْمِ فَانْتَقَصَ. وَأَمَّا الْهَتْمَاءُ:

بالإجماع، ولهذا جازت الموجوءة؛ لأنه لا يؤثر في المقصود، وهو اللحم، فكسر القرن كذلك، وعن عبيد بن فيروز قال: قلت للبراء: فإني أكره النقص من القرن، قال: اِكرَهْ لنفسكَ ما شئتَ، وإياك أن تُضَيِّق على الناس؛ فيحمل على الاستحباب كما حمل حديث الشرقاء على الاستحباب، ويدل عليه إنكار البراء على ابن فيروز.

قال ابن حزم: أما تفصيل مالك بلا دليل من الكتاب والسنة والقياس الصحيح، وفيه تعصب كما ترى.

يقال: كبش أجم، أي: لا قرن له، والأنثى جماء، ويقال لها جلحاء، وجمعها جُم.

ويقال: كبش أملح، أي: فيه ملحة، وهو بياض يشقه شعيرات سود، وهي من لون الملح.

والوجاء، على فعال[(١)]: نوع من الخصاء، وهو أن يضرب العروق بحديدة ويطعن فيها من غير إخراج البيضتين، يقال: كبش موجوء، إذا فعل به [٢/٤١٧/أ] ذلك. كذا في المغرب[(٢)].

أما القضماء، وهي [التي][(٣)] انكسر غلاف قرنها، يجوز بلا خلاف.

وقال أصحاب الشافعي: يجوز الجماء والقضماء والعضباء، ولكن يكره.

قوله: (إذا كانت لا تعتلف) لا يجوز؛ لأنه ينقص به اللحم، فالأصل عند

---

(١) في النسختين: (فاعل).
(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٤٧٧).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَهِيَ الَّتِي لَا أَسْنَانَ لَهَا؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الأَسْنَانِ الكَثْرَةُ وَالقِلَّةُ، وَعَنْهُ: إِنْ بَقِيَ مَا يُمْكِنُهُ الِاعْتِلَافُ بِهِ أَجْزَأَهُ لِحُصُولِ المَقْصُودِ .(وَالسَّكَّاءُ): وَهِيَ الَّتِي لَا أُذُنَ لَهَا خِلْقَةً (لَا تَجُوزُ)، لِأَنَّ مَقْطُوعَ أَكْثَرِ الأُذُنِ إِذَا كَانَ لَا يَجُوزُ فَعَدِيمُ الأُذُنِ أَوْلَى (وَهَذَا) الَّذِي ذَكَرْنَاه (إِذَا كَانَتْ هَذِهِ العُيُوبُ قَائِمَةً وَقْتَ الشِّرَاءِ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا سَلِيمَةً ثُمَّ تَعَيَّبَتْ بِعَيْبٍ مَانِعٍ: إِنْ كَانَ غَنِيًّا فَعَلَيْهِ غَيْرُهَا، وَإِنْ كانَ فَقِيرًا تُجْزِئُهُ هَذِهِ) لِأَنَّ الوُجُوبَ عَلَى الغَنِيِّ بِالشَّرْعِ ابْتِدَاءً لَا بِالشِّرَاءِ، فَلَمْ تَتَعَيَّنْ بِهِ، وَعَلَى الفَقِيرِ بِشِرَائِهِ بِنِيَّةِ الأُضْحِيَّةِ فَتَعَيَّنَتْ، ....

العلماء أن كل عيب يؤثر في اللحم يمنع، وإلا فلا.

السَّكَّاءُ: من السَّكَكِ، وهو صِغَرُ الأذن، وعند الفقهاء: التي لا أذن لها، أي: الصِّمَاخ. كذا في المغرب[1].

قوله: (وَعَلَى الْفَقِيرِ بِشِرَائِهِ بِنِيَّةِ الْأُضْحِيَّةِ فَتَعَيَّنَتْ) أي: هذه الشاة المشتراة بنية الأضحية، وهذا يصير مثل الواجب بالنذر، والواجب على الغني.

وعند الشافعي وأحمد ومالك والزهري والثوري والنخعي والحسن وعطاء: أجزأته هذه المعينة، ولا يلزم عليه أخرى بناء على أن الأضحية غير واجبة، ولو أوجبها بالنذر فكذلك أيضًا عندهم؛ لأن الوجوب تعلق بعينها لا بالذمة، والشراء بنية الأضحية لا يتعين للأضحية عندهم.

وعندنا يتعين، فكان عندنا الأضحية واجبة في ذمة الموسر والمعسر بنية الشراء.

لهم: القُرب إنما تلزم بالنذر[2]، أو بالشروع، ولم يوجد واحد.

وقلنا: دفع النبي ﷺ إلى حكيم بن حزام دينارًا ليشتري بها أضحية، فاشترى شاة فباعها بدينارين، ثم اشترى بدينار شاة، فجاء بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فقال له: «**بارك الله في صفقتك**»[3]، فأمر ﷺ أن يضحي بالشاة،

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٢٣٠).

(٢) ليست في الأصل، وثبته من النسخة الثانية.

(٣) وقع للشارح هنا وهم؛ فحديث حكيم بن حزام أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٦ رقم ٣٣٨٦)، =

وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ نُقْصَانِهِ كَمَا فِي نِصَابِ الزَّكَاةِ، وَعَنْ هَذَا الأَصْلِ قَالُوا: إِذَا مَاتَتْ المُشْتَرَاةُ لِلتَّضْحِيَةِ؛ عَلَى المُوسِرِ مَكَانَهَا أُخْرَى وَلَا شَيْءَ عَلَى الفَقِيرِ، وَلَوْ ضَلَّتْ أَوْ سُرِقَتْ، فَاشْتَرَى أُخْرَى، ثُمَّ ظَهَرَتْ الأُولَى فِي أَيَّامِ النَّحْرِ، عَلَى المُوسِرِ

ويتصدق بالدينار، ففيه دليل أنها تجب بمجرد الشراء، ولأن الشراء من الفقير كالنذر بها عادة وعرفًا؛ إذ لا يوجد فقير يشتري بنيتها ولا يضحي بها، كذا قيل، وكذا المنذور إذا لم يعيِّنه، أما إذا عيَّنَهُ يجوز تضحيته.

وفي الذخيرة: قال بعض مشايخنا: تصير واجبة بنية الأضحية موسرًا كان المشتري أو معسرًا.

وذكر شيخ الإسلام: إذا كان المشتري [موسرًا](١) لا تصير واجبة بالشراء بنية الأضحية باتفاق الروايات، وإن كان معسرًا؛ ففي ظاهر الرواية تجب، وبه قال مالك.

وروى الزعفراني أنها لا تجب، وإليه أشار شمس الأئمة، واتفقوا على أنها لا تجب بمجرد النية للأضحية، حتى لو كان له شاة؛ فنوى أن يضحى بها ولم يذكر بلسانه شيئًا، لا تصير واجبة للأضحية.

إذا وجبت عليه بإيجابه أو بشرائه بنية الأضحية وهو معسر؛ فعلى قول من قال بوجوبها؛ إن تصدق بعينها في أيام النحر ولم يضحها فعليه مثلها؛ لأن الواجب عليه الإراقة.

وإنما ينتقل إلى التصدق عند العجز، وذلك بعد أيام النحر، فإذا تصدق ما وجب عليه لزمه مثلها في أيام النحر، وبعدها تصدق بقيمتها، ولا تجزئه الصدقة

= والترمذي (٢/ ٥٤٩ رقم ١٢٥٧) والذي فيه أن النبي ﷺ قال له: «ضح بالشاة، وتصدق بالدينار» وهو منقطع قال الترمذي: حديث حكيم بن حزام، لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.
وإنما الجزء المرفوع في الحديث الذي ذكره الشارح قاله النبي ﷺ لعروة البارقي كما عند الترمذي (٢/ ٥٥٠ رقم ١٢٥٨) وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٤٥٣) والحديث بنحوه أخرجه البخاري (٤/ ٢٠٧ رقم ٣٦٤٢) وأبو داود (٣/ ٢٥٦ رقم ٣٣٨٤).

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

ذَبْحُ إِحْدَاهُمَا، وَعَلَى الفَقِيرِ ذَبْحُهُمَا (وَلَوْ أَضْجَعَهَا فَاضْطَرَبَتْ، فَانْكَسَرَتْ رِجْلُهَا فَذَبَحَهَا، أَجْزَأَهُ اسْتِحْسَانًا) عِنْدَنَا، خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لِأَنَّ حَالَةَ الذَّبْحِ وَمُقَدِّمَاتِهِ مُلْحَقَةٌ بِالذَّبْحِ، فَكَأَنَّهُ حَصَلَ بِهِ اعْتِبَارًا وَحُكْمًا (وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَتْ فِي هَذِهِ الحَالَةِ فَانْفَلَتَتْ، ثُمَّ أُخِذَتْ مِن فَوْرِهِ، وَكَذَا بَعْدَ فَوْرِهِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ)(*) لِأَنَّهُ حَصَلَ بِمُقَدِّمَاتِ الذَّبْحِ.

قَالَ: (وَالأُضْحِيَّةُ مِن الإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَمِ) لِأَنَّهَا عُرِفَتْ شَرْعًا، وَلَمْ تُنْقَلْ التَّضْحِيَةُ بِغَيْرِهَا مِن النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: وَلَا مِن الصَّحَابَةِ ﷺ. قَالَ:

الأولى التي في أيام النحر؛ لأنها وقعت قبل وجوب التصدق؛ إذ التصدق يجب بعينها حية بعد أيام النحر؛ للعجز احتياطًا كما ذكر في الأصول، ولو لم يتصدق بعينها في أيام النحر، تصدق بعينها حية بعد الأيام لما ذكرنا.

قوله: (وعلى الفقير ذبحهما) هذا على ظاهر الرواية لا على رواية الزعفراني واختيار شمس الأئمة، واختار في فتاوى الظهيرية ظاهر الرواية.

قوله: (فانكسر[1] رجلها) لا فائدة في تخصيص انكسار الرِّجلِ؛ لأنها لو تعيبت بكل عيب مانعة من الأضحية، فالحكم كذلك. وبه صرح في [المبسوط.

قوله: (خلافًا لِزُفَرَ والشافعي)، وبه قال أحمد وأصحاب الظاهر؛ لأنها صارت معينة قبل الذبح؛ فلم تجز تضحيته.

وقلنا: إن هذا مما لا][2] يستطاع الامتناع عنه، فقد تنقلب السكين من يده فتصيب عينها أو رجلها، فيجعل ذلك عفوًا؛ لدفع الحرج.

قوله: (والأضحية من الإبل والبقر والغنم) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال أصحاب الظاهر: يجوز بكل حيوان وحشي وإنسي، وكذا بكل طائر يؤكل لحمه وحشي وإنسي؛ لحديث أبي هريرة أنه ﷺ قال: «**مَثَلُ المُهَجِّرِ إِلَى الجُمعةِ كَمثَلِ مَن يُهدِي بدنةً، ثم كَمَن يُهدِي بقرةً، ثم كَمن يُهدِي شاةً، ثم كَمَن**

(*) الراجح: قول محمد.

(١) كذا في النسختين، والذي في المتن: (فانكسرت).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من النسخة الثانية.

(وَيُجْزِئُ مِن ذَلِكَ كُلِّهِ، الثَّنِيُّ فَصَاعِدًا. إِلَّا الضَّأنَ فَإِنَّ الجَذَعَ مِنهُ يُجْزِئُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ضَحُّوا بِالثَّنَايَا إِلَّا أَنْ يُعْسِرَ عَلَى أَحدِكُمْ فَلْيَذْبَح الجَذَعَ مِن الضَّأنِ» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نِعْمَتِ الأُضْحِيَّةُ الجَذَعُ مِن الضَّأنِ» قَالُوا: وَهَذَا إِذَا كَانَتْ عَظِيمَةً، بِحَيْثُ لَوْ خُلِطَتْ بِالثُّنْيَانِ يَشْتَبِهُ عَلَى النَّاظِرِ مِن بَعِيدٍ. وَالجَذَعُ مِن الضَّأنِ: مَا تَمَّتْ لَهُ سِتَّةُ أَشْهُرٍ فِي مَذْهَبِ الفُقَهَاءِ، ....

يُهدِي دَجاجةً، ثم كمَنْ يُهدِي بيضةً»[1] والعصفور قريب إلى البيضة.

ولأن التقرب إلى الله تعالى بكل ما لم يمنعه قرآن ولا سنة حسن، قال تعالى: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ﴾ [الحج:٧٧]، وحكي عن الحسن بن صالح أن بقرة الوحشي تجزئ عن سبعة، والظبي عن واحد.

ولنا قوله تعالى: ﴿لِّيَذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلۡأَنۡعَٰمِۖ﴾ [الحج:٣٤] وهي الإبل والبقر والغنم، ولأن الإراقة عرفت قربة بخلاف القياس في هذه الثلاثة، فلا يتعدى عنها.

والمراد من الحديث بيان قدر الثواب لا أنه تجوز التضحية، يعني له ثواب الصدقة، ولهذا لم يُجوِّز النبي ﷺ غير الجذع من الضأن؛ فعلى قياس قول الظاهري[2] ينبغي أن يجوز.

قوله: [٢/ ٤١٧/ ب] (**الجذع من الضأن**) وقيد (**من الضأن**)؛ لأنه لا يجوز من غيره، وعن ابن عمر والزهري: لا يجوز الجذع من الضأن كما لا يجوز من غيره.

ولنا ما روى أبو هريرة وغيره أنه ﷺ قال: «**إلّا مُسِنّةً فإن عَسُرَ عليكم؛ فاذْبَحوا الجَذَعَ مِن الضّأنِ**»[3].

قوله: (**في مذهب الفقهاء**) قيد به؛ لأن عند أهل اللغة: الجذع من الشاة: ما تمت له سنة.

---

(١) أخرجه النسائي (٣/ ٩٧ رقم ١٣٨٥) من حديث أبي هريرة ﷺ، وهو في البخاري (٢/ ٣ رقم ٨٨١)، ومسلم (٢/ ٥٨٢ رقم ٨٥٠) بنحوه بأتم من ذلك.

(٢) في الأصل: (الظاهر)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

وَذَكَرَ الزَّعْفَرَانِيُّ: أَنَّهُ ابْنُ سَبْعَةِ أَشْهُرٍ. وَالثَّنِيُّ مِنهَا وَمِن المَعَزِ ابنُ سَنَةٍ، وَمِن البَقَرِ ابْنُ سَنَتَيْنِ، وَمِن الإِبِلِ ابْنُ خَمْسِ سِنِينَ، وَيَدْخُلُ فِي البَقَرِ الجَامُوسُ، لِأَنَّهُ مِن جِنْسِهِ، وَالمَوْلُودُ بَيْنَ الأَهْلِيِّ وَالوَحْشِيِّ يَتْبَعُ الأُمَّ، لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ فِي التَّبَعِيَّةِ، حَتَّى إِذَا نَزَا الذِّئْبُ عَلَى الشَّاةِ يُضَحَّى بِالوَلَدِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى سَبْعَةٌ بَقَرَةً لِيُضَحُّوا بِهَا، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ النَّحْرِ، ....

وفي المغرب[1]: الجذع من البهائم: قيل: الثني، إلا أنه في الإبل قيل: السنة الخامسة، ومن البقر والشاة في السنة الثانية، ومن الخيل في الرابعة، وعن الأزهري في المعز لسنة، ومن الضأن لثمانية أشهر، ثم الثني من الإبل: الذي ألقى ثنيته، وهو ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة، ومن الظلف: ما استكمل السنة ودخل في الثانية، ومن الحافر: ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة، وهو في كلها بعد الجذع.

قال الشاعر:

الثَّنايا ابنُ حولٍ وابنُ ضِعفٍ ... وابن خَمْسٍ من ذَوِي ظُلْفٍ وخُفٍّ[2]

قوله: (يتبع الأم) فإن كانت أمه إنسيًّا يجوز، وإلّا لا.

وعند الأئمة الثلاثة؛ لا يجوز كلاهما؛ لأنه ليس من بهيمة الأنعام.

وقلنا: لما كان أمه إنسيًّا هو من بهيمة الأنعام؛ لترجح جانبها على جانب العجل؛ لأنه يتخلف منها، ولهذا يتبعها في الرق والحرية.

وفي جوامع الفقه وفتاوى الولوالجي: الاعتبار بالمتولد للأم في الأضحية والحل، وقيل: يعتبر بنفسه فيهما، حتى لو ولدت الشاة ظبيًا لم تجز الأضحية به، ولو ولدت الرمكة حمارًا؛ لم يجز ولم يؤكل.

وفي الذخيرة: لو نزى الحمار على الرمكة فالمتولد منهما مكروه، وقيل: لا يكره عندهما؛ اعتبارًا للأم.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٧٨).
(٢) لم أقف على اسم الشاعر، و لم أجد البيت في دواوين الشعراء وإنما ذكره التهانوي في كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٥٤٢) وقال: وفي جامع الرموز فذكره.

وَقَالَت الوَرَثَةُ: اذْبَحُوهَا عَنْهُ وَعَنْكُمْ، أَجْزَأَهُمْ، وَإِنْ كَانَ شَرِيكُ السِّتَّةِ نَصْرَانِيًّا أَوْ رَجُلًا يُرِيدُ اللَّحْمَ: لَمْ يُجْزِ عَنْ وَاحِدٍ مِنهُمْ) وَوَجْهُهُ: أَنَّ البَقَرَةَ تَجُوزُ عَنْ سَبْعَةٍ، وَلَكِنَّ مِن شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُ الكُلِّ القُرْبَةَ وَإِن اخْتَلَفَتْ جِهَاتُهَا كَالأُضْحِيَّةِ وَالقِرَانِ وَالمُتْعَةِ عِنْدَنَا، لِاتِّحَادِ المَقْصُودِ وَهُوَ القُرْبَةُ، وَقَدْ وُجِدَ هَذَا الشَّرْطُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، لِأَنَّ الضَّحِيَّةَ عَن الغَيْرِ عُرِفَتْ قُرْبَةً؛ أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ضَحَّى عَنْ أُمَّتِهِ عَلَى مَا رَوَيْنَا مِن قَبْلُ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي الوَجْهِ الثَّانِي، لِأَنَّ النَّصْرَانِيَّ لَيْسَ مِن أَهْلِهَا، وَكَذَا قَصْدُ اللَّحْمِ يُنَافِيهَا. وَإِذَا لَمْ يَقَع البَعْضُ قُرْبَةً، وَالإِرَاقَةُ لَا تَتَجَزَّأُ فِي حَقِّ القُرْبَةِ لَمْ يَقَعْ الكُلُّ أَيْضًا فَامْتَنَعَ الجَوَازُ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتِحْسَانٌ. وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا يَجُوزَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِالإِتْلَافِ، فَلَا يَجُوزُ عَنْ غَيْرِهِ كَالإِعْتَاقِ عَن المَيِّتِ، لَكِنَّا نَقُولُ: القُرْبَةُ قَدْ تَقَعُ عَنْ المَيِّتِ كَالتَّصَدُّقِ،

قوله: (وقالت الورثة)؛ أي: الكبار منهم.

قوله: (لم يُجْزِ عن واحد منهم) الشركة في البقرة جائز، إلا عند مالك فإنه لا يجوز الاشتراك في الهدي، ثم لو أراد واحد من الشركاء اللحم لا يجوز عن الكل عندنا.

وقال الشافعي وأحمد: يجوز؛ لأن الجزء المجزأ لا ينتقض بإرادة الشريك عن القربة فجاز، كما لو اختلفت جهات القربة.

وقلنا: الإراقة لا تجزئ في حق القربة؛ فإذا وقع بعضه عن قربة لم يقع الكل عن القربة، بخلاف ما لو اختلفت جهاتها، بحيث يقع عن القربة؛ لوجود الشرط، وهو القربة.

وعند زفر: لا يجوز في اختلاف جهتها لقربة أيضًا؛ لأن المحل الواحد لا يقع عن قربتين.

قوله: (وهو) أي: القياس **(رواية عن أبي يوسف؛ لأنه)** أي: إذن الورثة **(تبرع بالإتلاف)**؛ لأن نصيب الميت صار ميراثًا، والتضحية عنه تبرع بالإتلاف؛ فلا يصح من الوارث عن الميت، كالإعتاق عن الميت.

بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ، لِأَنَّ فِيهِ إِلْزَامَ الوَلَاءِ عَلَى المَيِّتِ (فَلَوْ ذَبَحُوهَا عَنْ صَغِيرٍ فِي الوَرَثَةِ، أَوْ أُمِّ وَلَدٍ: جَازَ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ قُرْبَةٌ (وَلَوْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنهُمْ، فَذَبَحَهَا البَاقُونَ بِغَيْرِ إِذْنِ الوَرَثَةِ: لَا تُجْزِيهِمْ) لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ بَعْضُهَا قُرْبَةً، وَفِيمَا تَقَدَّمَ وُجِدَ الإِذْنُ مِن الوَرَثَةِ فَكَانَ قُرْبَةً.

قَالَ: (وَيَأْكُلُ مِن لَحمِ الأُضْحِيَّةِ، وَيُطْعِمُ الأَغْنِيَاءَ وَالفُقَرَاءَ وَيَدَّخِرُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُنْت نَهَيْتُكُمْ عَنْ أَكْلِ لُحومِ الأَضَاحِيِّ فَكُلُوا مِنهَا وَادَّخِرُوا» وَمَتَى جَازَ أَكْلُهُ وَهُوَ غَنِيٌّ، جَازَ أَنْ يُوْكِلَهُ غَنِيًّا. ....

قوله: (فلو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز)؛ أي: لو كان أحد الشركاء صغيرًا أو أم ولد.

وفي المبسوط[1]: وعلى هذا إذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحى عنها مولاها، أو صغيرًا ضحى عنه أبوه، ولا خلاف أنه ليس على المولى أن يضحي عن أحد من مماليكه، فإن تبرع بذلك جاز، وإذا جعله شريكًا في بدنه؛ ففيه قياس واستحسان.

قوله: (لا تجزيهم) وقال الشافعي وأحمد: تجزيهم؛ لما ذكرنا عدم اشتراط نية الكل قربة عندهما، وعندنا يشترط.

قوله: (ويأكل من لحم الأضحية...) إلى قوله: (أن يوكله غنيًّا) وهذا في غير المنذورة، أما في المنذورة لا يأكل الناذر سواء كان موسرًا أو معسرًا وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وعن أحمد في رواية: يجوز الأكل في المنذورة أيضًا، أما لا يجوز الأكل في جزاء الصيد أو الواجب بجناية، وقد مر في الحج، ولا يجوز أن يؤكل الغني في المنذورة؛ لأن سبيلها التصدق، وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته حتى لو أكل تجب قيمة ما أكل. كذا في الذخيرة.

والأكل من أضحيته مستحب عند أكثر العلماء.

وعند الظاهرية واجب، وحكي ذلك عن أبي حفص الوكيل من أصحاب الشافعي؛ لقوله ﷺ: «كُلُوا مِنها»[2]، ومطلق الأمر للوجوب، ولقوله تعالى:

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٢/ ١٢).

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يُنقِصَ الصَّدَقَةَ عَن الثُّلُثِ) لِأَنَّ الجِهَاتِ ثَلَاثَةٌ: الأَكْلُ وَالِادِّخَارُ لِمَا رَوَيْنَا، وَالإِطْعَامُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦] فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمْ أَثْلَاثًا. قَالَ: (وَيَتَصَدَّقُ بِجِلْدِهَا) لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنهَا (أَوْ يَعْمَلُ مِنهُ آلَةً تُسْتَعْمَلُ فِي البَيْتِ) كَالنِّطْعِ ....

﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦].

ولنا أنه ﷺ نحر خمس بدنات ولم يأكل منهن شيئًا، وقال: «**من شاءَ فَلْيَقتَطِعْ**»(١)، ولأنها ذبيحة يتقرب بها إلى الله تعالى؛ فلم يجب الأكل منها كالعقيقة والأمر للاستحباب أو للإباحة؛ كالأمر بأكل الثمار والزروع والنظر إليها.

وقوله: (لما روينا) أراد به قوله ﷺ: «**فكُلُوا مِنها وادَّخِروا**».

وقوله: (والإطعامُ) بالرفع عطف على قوله: (الأكل والادخار).

القانع: السائل، من القنوع لا من القناعة، يقال: قنع قنوعًا: إذا سأل وقنع قناعة: إذا رضي، والمعتر الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل. كذا في المغرب.

وقال الشافعي في القديم: يجعلها نصفين: يأكل نصفًا ويتصدق بنصف؛ [٢/٤١٨/أ] لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٢٨] وفي الجديد: يستحب أكل الثلث كما قال أكثر أهل العلم؛ لما روي أنه ﷺ «**يُطعمُ أهلَ بيتِه الثُّلثَ، ويُطعمُ جيرانَهُ الثُّلثَ، ويتصدَّقُ على السُّؤَّالِ بالثُّلثِ**»(٢)، وهكذا قاله ابن مسعود وابن عمر، ولم يعرف لهما مخالف في الصحابة، فكان إجماعًا.

ولأنه تعالى قال: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦] كما ذكره في الكتاب، وأما في الآية التي تمسك بها أصحاب الشافعي ما بيَّنَ [قدر](٣)

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/١٤٨ رقم ١٧٦٥)، والحاكم (٤/٢٤٦ رقم ٧٥٢٢) من حديث عبد الله بن قرط رضي الله عنه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٢) أخرجه أبو موسى الأصفهاني من حديث ابن عباس مرفوعا وقال: حديث حسن. كما في مرعاة المفاتيح (٥/ ١٢٠).

(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَالجِرَابِ وَالغِرْبَالِ وَنَحْوِهَا، لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِهِ غَيْرُ مُحَرَّمٍ (وَلَا بَأسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ فِي البَيْتِ مَعَ بَقَائِهِ) اسْتِحْسَانًا، وَذَلِكَ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّ لِلْبَدَلِ حُكْمَ المُبْدَلِ، (وَلَا يَشْتَرِي بِهِ مَا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ، إِلَّا بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ كَالخَلِّ وَالأَبَازِيرِ) اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ بِالدَّرَاهِمِ.

وَالمَعْنَى فِيهِ: أَنَّهُ تَصَرُّفٌ عَلَى قَصْدِ التَّمَوُّلِ، وَاللَّحْمُ بِمَنْزِلَةِ الجِلْدِ فِي الصَّحِيحِ، فَلَوْ بَاعَ الجِلْدَ أَوْ اللَّحْمَ بِالدَّرَاهِمِ، أَوْ بِمَا لَا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ:

المأكول، وفسره النبي ﷺ بفعله، وابن عمر بقوله، وابن مسعود بأمره.

قوله: (ونحوها) كالدلو والمنخل، ولا خلاف فيه لأحد.

قوله: (أن يشتري به) أي: بجلد الأضحية **(ما ينتفع بعينه)** مثل ما ذكرنا من **(الجراب والغربال)**.

وقال الأوزاعي: يجوز بكل ما يعار في البيت، مثل الفأس والقِدْر والمنخل والميزان.

وقال الشافعي وأحمد: لا يجوز بيعها بأي شيء كان؛ لأنه ﷺ نهى أن يعطى أجرة الجزار منها، والنهي عنه نهي عن البيع؛ لأنه في معنى البيع، ولأنه صار لله تعالى فكيف يجوز بيعها؟. وعندنا لا بأس ببيعه كما ذكرنا، وبه قال مالك.

ولو باع لحمها حتى يتصدق بثمنها جاز؛ لما روي عن ابن عمر أنه يبيع الجلد ويتصدق بثمنه، وفي الأجناس: ليس له بيع لحمها حتى[(١)] يتصدق بثمنها، وليس له في اللحم أن يطعم أو يأكل.

وفي فتاوى قاضي خان: لو اشترى بجلدها جرابًا يجوز، ولو اشترى بلحمها جرابًا لا يجوز، ولو اشترى بجلدها لحمًا للأكل لا يجوز إلا في رواية عن محمد، وروى ابن سماعة عن محمد: لو اشترى بلحمها ثوبًا فلا بأس بلبسه.

وقوله: (والصحيح)؛ احتراز عن رواية الأجناس.

---

(١) في الأصل: (على)، والمثبت من النسخة الثانية.

تَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ، لِأَنَّ القُرْبَةَ انْتَقَلَتْ إِلَى بَدَلِهِ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَاعَ جِلْدَ أُضْحِيَّتِهِ فَلَا أُضْحِيَةَ لَهُ» يُفِيدُ كَرَاهَةَ البَيْعِ، وأمَّا البَيْعُ فجَائِزٌ لِقِيَامِ المِلْكِ وَالقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ. قَالَ: (وَلَا يُعْطِي أُجْرَةَ الجَزَّارِ مِن الأُضْحِيَّةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَلِيٍّ رضي الله عنه: «تَصَدَّقْ بِجِلَالِهَا وَخِطَامِهَا وَلَا تُعْطِ أَجْرَ الجَزَّارِ مِنهَا شَيْئًا» وَالنَّهْيُ عَنْهُ نَهْيٌ عَن البَيْعِ أَيْضًا، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَيْعِ. قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَجُزَّ صُوفَ أُضْحِيَّتِهِ، وَيَنْتَفِعَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَهَا) لِأَنَّهُ التَزَمَ إِقَامَةَ القُرْبَةِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الذَّبْحِ، لِأَنَّهُ أُقِيمَتْ القُرْبَةُ بِهَا كَمَا فِي الهَدْيِ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَحْلُبَ لَبَنَهَا فَيَنْتَفِعَ بِهِ كَمَا فِي الصُّوفِ.

قوله: (وَلَا يُعْطِي أُجْرَةَ الْجَزَّارِ مِن الْأُضْحِيَّةِ) عند أهل العلم، ورخص الحسن وعبد الله بن عبيد بن عمر في إعطائه الجلد.

ولنا ما رواه في الكتاب متفق عليه، أما لو أعطاه لفقره أو على سبيل الهدية فلا بأس به.

قوله: (ويكره أن يجز صوف أضحيته)، وعن أحمد: إن كان الجز أنفع لها؛ بأن كان في أيام الربيع لا يكره.

قوله: (وَيَنْتَفِعَ بِهِ) أي باللبن.

وقال الشافعي وأحمد: إن كان الحلب يضرُّ بها أو ينقص لحمها؛ لم يكن له حلبه، وإلا فله حلبه والانتفاع باللبن.

وعندنا؛ إذا كان يضر لا يحلبها، ولكن يرش على الضرع الماء.

وقلنا: لما أعدها للقربة بجميع أجزائها، فكان صرف شيء منها إلى حاجة نفسه في معنى الرجوع عن الصدقة فيكره، بخلاف ما بعد الذبح لإقامة القربة، والانتفاع بعد إقامة القربة مطلق شرعًا.

قالوا: هذا إذا كان بقرب من أيام النحر، أما إذا كان بالبعد منها لا يفيد الرش؛ بل يحلبها ويتصدق باللبن، وهذه الكراهة في الحلب والصوف في التي عينها الفقير، أما في غيرها [لا][1].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَالأَفْضَلُ أَنْ يَذْبَحَ أُضْحِيَّتَهُ بِيَدِهِ إنْ كَانَ يُحْسِنُ الذَّبْحَ) وَإِنْ كَانَ لَا يُحْسِنُهُ فَالأَفْضَلُ أَنْ يَسْتَعِينَ بِغَيْرِهِ، وَإِذَا اسْتَعَانَ بِغَيْرِهِ يَنْبَغِي أَنْ يَشْهَدَهَا بِنَفْسِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِفَاطِمَةَ ﵂: «قُومِي فَاشْهَدِي أُضْحِيَّتَكِ، فَإِنَّهُ يُغْفَرُ لَك بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ مِن دَمِهَا كُلُّ ذَنْبٍ». قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْبَحَهَا الكِتَابِيُّ) لِأَنَّهُ عَمَلٌ هُوَ قُرْبَةٌ، وَهُوَ لَيْسَ مِن أَهْلِهَا، فَلَوْ أَمَرَهُ فَذَبَحَ: جَازَ، لِأَنَّهُ مِن أَهْلِ الذَّكَاةِ، وَالقُرْبَةُ أُقِيمَتْ

والعجب من الأئمة الثلاثة حيث قالوا: الانتفاع باللبن يجوز، ولكن بشعرها وصوفها وولدها لا يجوز، وقالوا في الفرق بينهما: إن اللبن يتولد من غذائها وعلفها، وهو القائم به، فجاز صرفه إليه، بخلاف الصوف، ولأن الصوف ينتفع به على الدوام، فجرى مجرى جلدها وأجزائها، واللبن يشرب شيئًا فشيئا، فجرى مجرى منافعها وركوبها، وهو ضعيف كما ترى.

قوله: **(ولو أمره)** أي: الكتابي **(جاز)** ولكن يكره، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وابن المنذر.

وقال مالك: لا يجوز أن يذبحها إلا مسلم، وهكذا حكي عن أحمد؛ لما روي عنه ﷺ قال: «**لا يَذبحْ ضَحاياكُمْ إلّا طاهرٌ**»(١). وقال جابر: لا يذبح النسك إلا مسلم.

ولنا؛ أن من جاز له ذبح غير الأضحية جاز له ذبح الأضحية، ويجوز أن يتولى الكافر ما كان قربة لمسلم، كبناء المساجد والقناطر، ولكن يكره؛ لما أن إقامة القربة بيده أولى من يد الكافر، ولهذا الأولى أن يذبحها بنفسه؛ لأنه عبادة، فمباشرته بيده أولى، وإن استناب غيره **(ينبغي أن يشهدها)** أي: يحضرها، كما ذكر في المتن بأنه ﷺ أمر فاطمة ﵂ بالإحضار.

وفي آخر الحديث: «**أما إنّهُ يُجاءُ بِلَحمِها ودَمِها يومَ القيامةِ فيوضَعُ في ميزانِكَ وسبعينَ ضِعفًا**»(٢)، ولأنه ﷺ ضحّى الكبشين بيده، ووضع رِجله على صفاحهما، ونحر البدنات الست بيده.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٣٨ رقم ١٠٥٢٤) من قول علي بن أبي طالب ﵁ موقوفًا.

(٢) أخرجه البيهقي (٩/ ٢٨٣ رقم ١٩٦٣٥) من حديث علي ﵁.
وقال: عمرو بن خالد ضعيف.

بِإِنَابَتِهِ وَنِيَّتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَ المَجُوسِيَّ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِن أَهْلِ الذَّكَاةِ فَكَانَ إِفْسَادًا.

قَالَ: (وَإِذَا غَلِطَ رَجُلَانِ، فَذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أُضْحِيَةَ الآخَرِ: أَجْزَأَ عَنْهُمَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَأَصْلُ هَذَا: أَنَّ مَنْ ذَبَحَ أُضْحِيَةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ وَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهَا، وَلَا يُجْزِئُهُ عَنِ الأُضْحِيَّةِ فِي القِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: يَجُوزُ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الذَّابِحِ، وَهُوَ قَوْلُنَا.

وَجْهُ القِيَاسِ: أَنَّهُ ذَبَحَ شَاةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَيَضْمَنُ، كَمَا إِذَا ذَبَحَ شَاةً اشْتَرَاهَا القَصَّابُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهَا تَعَيَّنَتْ لِلذَّبْحِ لِتَعَيُّنِهَا لِلْأُضْحِيَّةِ، حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُضَحِّيَ بِهَا بِعَيْنِهَا فِي أَيَّامِ النَّحْرِ. وَيُكْرَهُ أَنْ يُبْدِلَ بِهَا غَيْرَهَا فَصَارَ المَالُ مُسْتَعِينًا بِكُلِّ مَنْ يَكُونُ أَهْلًا لِلذَّبْحِ آذِنًا لَهُ دَلَالَةً، لِأَنَّهَا تَفُوتُ بِمُضِيِّ هَذِهِ الأَيَّامِ، وَعَسَاهُ

(فكان إفسادًا) لا تقربًا.

قوله: (وهو) أي: القياس (قول زفر)، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنه متعدٍ في ذبح شاة غيره، فيكون ضامنًا، ولأن التضحية قربة فلا تتأدى إلا بنية أو [٢/ ٤١٨/ ب] استنابة، فلم توجد حيث فعل الغير بغير إذنه.

(حتى وجب عليه أن يضحِّيَ بها بعينها) أي: فيما إذا كان فقيرًا أو اشتراه بنية الأضحية كما ذكرنا.

ويكره أن يستبدل بها غيرها؛ إذا كان غنيًّا، أما في الفقير لا يجوز الاستبدال، ولكن يجوز استبدالها بخير منها عند أبي حنيفة ومحمد وأحمد ومالك في المنذورة وغيره.

وعند الشافعي وأبي يوسف وأبي الخطاب الحنبلي لا يجوز؛ لأنه قد جعلها لله تعالى، فلم يملك أن يتصرف فيها بالاستبدال كالوقف.

ولنا ما روي أنه ﷺ «ساقَ مِائةَ بدَنَةٍ في حَجَّتِهِ»[(١)]، وقدِمَ عليٌّ من اليمن فأشركه فيها. رواه مسلم[(٢)]، وهذا نوع من الهبة أو بيع.

قوله: (آذِنًا لَهُ دَلَالَةً) والإذنُ دلالةً كالإذن صريحًا، كما في شرب ماء السقاية.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ١٧٢ رقم ١٧١٨) من حديث علي رضي الله عنه.
(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٤١ رقم ٢٥٠٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

يَعْجزُ عَنْ إِقَامَتِهَا بِعَوَارِضَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ شَاةً شَدَّ القَصَّابُ رِجْلَهَا، فَإِنْ قِيلَ: يَفُوتُهُ أَمْرٌ مُسْتَحَبٌّ وَهُوَ أَنْ يَذْبَحَهَا بِنَفْسِهِ، أَوْ يَشْهَدَ الذَّبْحَ فَلَا يَرْضَى بِهِ. قُلْنَا: يَحْصُلُ لَهُ بِهِ مُسْتَحَبَّانِ آخَرَانِ، صَيْرُورَتُهُ مُضَحِّيًا لِمَا عَيَّنَهُ، وَكَوْنُهُ مُعَجِّلًا بِهِ فَيَرْتَضِيهِ، وَلِعُلَمَائِنَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - مِن هَذَا الجِنْسِ مَسَائِلُ اسْتِحْسَانِيَّةٌ، وَهِيَ أَنَّ مَنْ طَبَخَ لَحمَ غَيْرِهِ، أَوْ طَحَنَ حِنْطَتَهُ، أَوْ رَفَعَ جَرَّتَهُ فَانْكَسَرَتْ، أَوْ حَمَّلَ عَلَى دَابَّتِهِ فَعَطِبَتْ، كُلُّ ذَلِكَ بِغَيْرِ أَمْرِ المَالِكِ يَكُونُ ضَامِنًا، وَلَوْ وَضَعَ المَالِكُ اللَّحْمَ فِي القِدْرِ، وَالقِدْرُ عَلَى الكَانُونِ وَالحَطَبُ تَحْتَهُ، أَوْ جَعَلَ الحِنْطَةَ فِي الدَّوْرَقِ وَرَبَطَ الدَّابَّةَ عَلَيْهِ، أَوْ رَفَعَ الجَرَّةَ وَأَمَالَهَا إِلَى نَفْسِهِ، أَوْ حَمَّلَ عَلَى دَابَّتِهِ فَسَقَطَ فِي الطَّرِيقِ، فَأَوْقَدَ هُوَ النَّارَ فِيهِ وَطَبَخَهُ، أَوْ سَاقَ الدَّابَّةَ فَطَحَنَهَا، أَوْ أَعَانَهُ عَلَى رَفْعِ الجَرَّةِ فَانْكَسَرَتْ فِيمَا بَيْنَهُمَا، أَوْ حَمَّلَ عَلَى دَابَّتِهِ مَا سَقَطَ فَعَطِبَتْ: لَا يَكُونُ ضَامِنًا فِي هَذِهِ الصُّوَرِ كُلِّهَا اسْتِحْسَانًا لِوُجُودِ الإِذْنِ دَلَالَةً.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَنَقُولُ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ: ذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أُضْحِيَةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ صَرِيحًا، فَهِيَ خِلَافِيَّةُ زُفَرَ بِعَيْنِهَا، وَيَتَأَتَّى فِيهَا القِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ كَمَا ذَكَرْنَا، فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَسْلُوخَةً مِن صَاحِبِهِ، وَلَا يُضَمِّنُهُ، لِأَنَّهُ وَكِيلُهُ فِيمَا فَعَلَ دَلَالَةً، فَإِذَا كَانَا قَدْ أَكَلَا ثُمَّ عَلِمَا فَلْيُحَلِّلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا صَاحِبَهُ وَيُجْزِيهِمَا، لِأَنَّهُ لَوْ أَطْعَمَهُ فِي الِابْتِدَاءِ يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَكَذَا لَهُ أَنْ يُحَلِّلَهُ فِي الِانْتِهَاءِ، وَإِنْ تَشَاحَّا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنْ يُضَمِّنَ صَاحِبَهُ قِيمَةَ لَحْمِهِ، ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِتِلْكَ القِيمَةِ، لِأَنَّهَا بَدَلٌ عَنِ اللَّحمِ فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ أُضْحِيَتَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّضْحِيَةَ لَمَّا وَقَعَتْ عَنْ صَاحِبِهِ كَانَ اللَّحْمُ لَهُ، وَمَنْ أَتْلَفَ لَحمَ أُضْحِيَّةِ غَيْرِهِ كَانَ الحُكْمُ مَا ذَكَرْنَاهُ (وَمَنْ غَصَبَ شَاةً فَضَحَّى بِهَا، ضَمِنَ قِيمَتَهَا ....

قوله: (كما لو باع أضحيته)؛ يعني لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها، فإن كان غيرها أنقص من الأولى؛ يتصدق بما فضل على الثانية، ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر يتصدق بثمنها.

قوله: (كان الحكم ما ذكرنا) وهو قوله: (ضمن قيمتها).

وَجَازَ عَنْ أُضْحِيَتِهِ) لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِسَابِقِ الغَصْبِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أُودِعَ شَاةً فَضَحَّى بِهَا، لِأَنَّهُ يُضَمِّنُهُ بِالذَّبْحِ، فَلَمْ يَثْبُت المِلْكُ لَهُ إِلَّا بَعْدَ الذَّبْحِ، وَٱللَّهُ أَعْلَمُ.

قوله: (وجاز عن أضحيته) وهذا عندنا.

قيل: إذا أدى الضمان أيام النحر جاز.

وقال زفر وأبو يوسف في رواية والأئمة الثلاثة: لا يجوز عن أضحيته؛ لأنها وقعت في غير ملكه، فصار كإعتاق الغاصب، ثم ملكه بأداء الضمان، حيث لا ينفذ عتقه.

وقلنا: إنه ملكها عند أداء الضمان مستندًا إلى الغصب السابق، وكانت التضحية واردًا على ملكه، وهذا يكفي للتضحية، بخلاف الإعتاق؛ لأنه يستدعي كمال الملك فيه منصوص، ولا كذلك الأضحية، ولا يقال: الاستناد يظهر في القائم لا في الهالك؛ لأن ذلك بمعزل منا، فإن الإراقة ليست من المملوك بشيء؛ لأنها ليست بصفة الشاة؛ ليظهر أثره فيه، فإن الملك يثبت في المذبوحة، ثم يستند إلى وقت الغصب، فيظهر أن الإراقة حاصلة في ملكه. كذا في الفوائد الشاهية.

كِتَابُ الكَرَاهِيَةِ

قَالَ ﷺ: تَكَلَّمُوا فِي مَعْنَى المَكْرُوهِ وَالمَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ نَصًّا أَنَّ كُلَّ مَكْرُوهٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا قَاطِعًا لَمْ يُطْلِقْ عَلَيْهِ لَفْظَ الحَرَامِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ إِلَى الحَرَامِ أَقْرَبُ(*)، وَهُوَ يَشْتَمِلُ عَلَى فُصُولٍ مِنهَا.

كِتَابُ الْكَرَاهِيَةِ

أورد الكراهية بعد الأضحية؛ لأن عامة مسائل كل واحد لم يخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة، كما قلنا من كراهة جز الصوف وذبح الكتابي وغيرهما، وخص هذا الكتاب بلفظ الكراهة كما في الجامع الصغير وشرح الطحاوي.

وفي بعض كتب أصحابنا، ذكر بلفظ الحظر والإباحة، كالإيضاح والتتمة والتحفة وفتاوى قاضي خان.

وفي بعضها بلفظ الاستحسان، كالمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني، وخص في المبسوط وغيره بالاستحسان، وإن كان القياس ثابتًا في معاملته؛ لما أن المعمول فيه جهة الاستحسان.

ومحاسن هذا الكتاب راجع إلى ما هو المذكور من محاسن كل جنس من مسائله في كتابه، وكذا سببها وركنها وشرطها وحكمها.

الكراهة والكراهية: ضد الرضا والإرادة، بالفارسية: (بدل دشوار داستن) وعند أهل الفقه: ما هو المذكور في الكتاب.

قوله: (أنه) أي: المكروه (**إلى الحرام أقرب**).

وفي المحيط: لفظ الكراهة عند الإطلاق يراد بها التحريم، قال أبو يوسف: قلت لأبي حنيفة: إذا قلتَ في شيء: أكرهه، فما رأيك فيه؟ قال: التحريم.

وفي الحقائق: قال أبو يوسف: الشبهة إلى الحرام أقرب.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

فَصْلٌ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يُكْرَهُ لُحُومُ الأُتُنِ وَأَلْبَانُهَا وَأَبْوَالُ الإِبِلِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا بَأسَ بِأَبْوَالِ الإِبِلِ)(*) وَتَأْوِيلُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا بَأسَ بِهَا لِلتَّدَاوِي، وَقَدْ بَيَّنَّا هَذِهِ الجُمْلَةَ فِيمَا تَقَدَّمَ فِي الصَّلَاةِ وَالذَّبَائِحِ فَلَا نُعِيدُهَا، وَاللَّبَنُ مُتَوَلِّدٌ مِن اللَّحْمِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ، قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الأَكْلُ وَالشُّرْبُ وَالِادِّهَانُ وَالتَّطَيُّبُ فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الَّذِي يَشْرَبُ فِي إِنَاءِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ: «إِنَّمَا يُجَرْجِرُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ» «وَأُتِيَ أَبُو

فَصْلٌ فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ

قوله: (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) أي: فيما لم يختلف ما هو المقصود من كل واحد. ولا بد من ذلك القيد، وإلا يلزم نقضًا على هذا الأصل لبن الأصل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب، حيث جعل شرب لبنه حلالًا؛ لما أن المقصود من تحريم لحمه تقليل آلة الغذاء، ولا يوجد ذلك في اللبن.

قوله: (وَالِادِّهَانُ وَالتَّطَيُّبُ) وكذا القعود والمجمر، والأكل بملعقتهما، والاكتحال بميلهما.

قيل: صورة الادهان المحرم؛ أن يأخذ الإناء ويصب على رأسه، أما إذا أدخل يده فيها، وأخذ الدهن ثم صبه على رأسه من اليد لا يكره. ذكره في الجامع والذخيرة.

قوله: (يُجَرْجِرُ) الجرجرة: صوت يردده البعير في حُنْجرته. كذا في الصحاح[(١)]، وبالفارسية (بانك كردن وريختن)؛ فعلى الأول بالرفع، وعلى الثاني بالنصب، واختار في المغرب النصب، وقال: المحفوظ من الثقات النصب[(٢)].

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) الصحاح للجوهري (٢/ ٦١٢).

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٧٩).

هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِشَرَابٍ فِي إِنَاءِ فِضَّةٍ فَلَمْ يَقْبَلْهُ وَقَالَ: نَهَانَا عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ »، وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا فِي الشُّرْبِ فَكَذَا فِي الِادِّهَانِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ، وَلِأَنَّهُ تَشَبُّهٌ بِزِيِّ الْمُشْرِكِينَ، وَتَنَعُّمٌ بِنِعَمِ الْمُتْرَفِينَ وَالْمُسْرِفِينَ، وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: يُكْرَهُ، وَمُرَادُهُ التَّحْرِيمُ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ لِعُمُومِ النَّهْيِ، وَكَذَلِكَ الأَكْلُ بِمِلْعَقَةِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ، وَالِاكْتِحَالُ بِمِيلِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ، وَكَذَا مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ كَالمُكْحُلَةِ وَالمِرْآةِ وَغَيْرِهِمَا لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِاسْتِعْمَالِ آنِيَةِ الرَّصَاصِ وَالزُّجَاجِ وَالبَلُّورِ وَالعَقِيقِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ فِي التَّفَاخُرِ بِهِ. قُلْنَا: لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مَا كَانَ مِن عَادَتِهِمْ التَّفَاخُرُ بِغَيْرِ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ.

وعن حذيفة أنه نزل عند دهقان بالمدائن، فأتاه بشراب في إناء فضة فلم يقبله، وقال: نهانا رسول الله ﷺ عنه، فنزل في العام الآخر فقدم شرابًا في إناء الفضة أيضًا فكسره حذيفة على رأسه[1]، وعن عليّ أنه أُتِي بفالوذج في إناء فضة؛ فأخرجه وجعله على رغيف فأكله.

قوله: (لأنه في معنى) أي: [٢/٤١٩/أ]؛ لأن الإدِّهان منه في معنى الشرب منه؛ لأن كل واحد استعمال للمحرم، والمحرم؛ الاستعمال بأي وجه كان.

قوله: (بِنِعَمِ الْمُتْرَفِينَ) أي: الطّاغين، قال الله تعالى: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَٰتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ ٱلدُّنْيَا﴾ [الأحقاف: ٢٠] وغيرهما كالمحرم.

(والسرج المفضض) أي: المرصع بالفضة، وبالفارسية (سم كوفت).

قوله: (وقال الشافعي: يكره) وبه قالت الأئمة الثلاثة. (يروى مع أبي حنيفة) هكذا ذكره الإسْبِيجابي، (ويروى مع أبي يوسف)، ويروى هكذا ذكره أبو العاصم العامري.

يقال: باب مضبب، أي: مشدود بالضباب، جمع ضبة[2]، وهي حديدته

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ١١٢ رقم ٥٦٣٢) من حديث حذيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) في الأصل: (بلده)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَيَجُوزُ الشُّرْبُ فِي الإِنَاءِ المُفَضَّضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالرُّكُوبُ عَلَى السَّرْجِ المُفَضَّضِ، وَالجُلُوسُ عَلَى الكُرْسِيِّ المُفَضَّضِ، وَالسَّرِيرِ المُفَضَّضِ إِذَا كَانَ يَتَّقِي مَوْضِعَ الفِضَّةِ) وَمَعْنَاهُ: يَتَّقِي مَوْضِعَ الفَمِ، وَقِيلَ هَذَا وَمَوْضِعَ اليَدِ فِي الأَخْذِ، وَفِي السَّرِيرِ وَالسَّرْجِ مَوْضِعُ الجُلُوسِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكْرَهُ ذَلِكَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ يُرْوَى مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيُرْوَى مَعَ أَبِي يُوسُفَ(*)، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الإِنَاءُ المُضَبَّبُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ، وَالكُرْسِيُّ المُضَبَّبُ بِهِمَا، وَكَذَا إِذَا جَعَلَ ذَلِكَ فِي السَّيْفِ وَالمِشْحَذِ وَحَلْقَةِ المَرْأَةِ، أَوْ جَعَلَ المُصْحَفَ مُذَهَّبًا أَوْ مُفَضَّضًا، وَكَذَا الِاخْتِلَافُ فِي اللِّجَامِ وَالرِّكَابِ وَالثَّفْرِ إِذَا كَانَ مُفَضَّضًا، وَكَذَا الثَّوْبُ فِيهِ كِتَابَةٌ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ

العريضة التي يضب بها، ومنه؛ ضب أسنانه بالفضة إذا شدّها. كذا في المغرب[١].

وفي الذخيرة: الضبة: الذهب العريض أو الفضة العريضة تجعل على وجه الباب وما أشبه ذلك.

ثم عند أبي حنيفة لا بأس (**بالجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض**) إذا لم يقعد[٢] على موضع الذهب.

(**وكذا الاختلاف**) إذا جعل ذلك في السقوف أو في المساجد أو (**حلقة المرأة أو السيف أو المصحف إذا جعل مُذهَّبًا أو مُفضَّضًا**).

وعند الشافعي وأحمد ومالك: حرام كقولهما.

وفي تحلية المسجد والمصحف بالذهب والفضة له وجهان، فذكر بعض أصحابه أصحهما يجوز إعظامًا، ونصه أنه حرام.

(**وكذا الاختلاف في اللجام والثفر إذا كان مفضضاً**) وكذا الاختلاف إذا كان في نصل السكين فضة أو في قبضة السيف.

قال أبو حنيفة: إن أخذ من السكين موضع الفضة يكره، وإلا فلا، خلافًا لهما وللأئمة الثلاثة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المغرب للمطرزي (ص ٢٧٩).

(٢) في الأصل: (يقصد) والمثبت من النسخة الثانية.

عَلَى هَذَا، وَهَذَا الِاخْتِلَافُ فِيمَا يَخْلُصُ، فَأَمَّا التَّمْوِيهُ الَّذِي لَا يَخْلُصُ فَلَا بَأسَ بِهِ بِالإِجْمَاعِ. لَهُمَا: أَنَّ مُسْتَعْمِلَ جُزْءٍ مِن الإِنَاءِ مُسْتَعْمِلٌ جَمِيعِ الأَجْزَاءِ فَيُكْرَهُ، كَمَا إِذَا اسْتَعْمَلَ مَوْضِعَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ ذَلِكَ تَابِعٌ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّوَابِعِ، فَلَا يُكْرَهُ. كَالجُبَّةِ المَكْفُوفَةِ بِالحَرِيرِ، وَالعَلَمِ فِي الثَّوْبِ، وَمِسْمَارِ الذَّهَبِ فِي الفَصِّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَرْسَلَ أَجِيرًا لَهُ مَجُوسِيًّا، أَوْ خَادِمًا، فَاشْتَرَى لَحْمًا فَقَالَ: اشْتَرَيْته مِن يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مُسْلِمٍ: وَسِعَهُ أَكْلُهُ)؛ لِأَنَّ قَوْلَ الكَافِرِ مَقْبُولٌ فِي المُعَامَلَاتِ؛ لِأَنَّهُ خَبَرٌ صَحِيحٌ، لِصُدُورِهِ عَنْ عَقْلٍ وَدِينٍ يُعْتَقَدُ فِيهِ حُرْمَةُ الكَذِبِ، وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَى قَبُولِهِ لِكَثْرَةِ وُقُوعِ المُعَامَلَاتِ (وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ذَلِكَ: لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنهُ) مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ ذَبِيحَةَ غَيْرِ الكِتَابِيِّ وَالمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قُبِلَ قَوْلُهُ فِي الحِلِّ،

قوله: (فَأَمَّا التَّمْوِيهُ الَّذِي لَا يَخْلُصُ فَلَا بَأْسَ بِهِ بالإجماع) أي: باتفاق أصحابنا؛ لما بيّنا أن فيه خلاف الشافعي.

(لهما)؛ أي: لأبي يوسف ومحمد عموم ما ورد من النهي، ولأن من استعمل إناء كان مستعملًا كل جزء منه فيكره، كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة.

(ولأبي حنيفة أن ذلك) أي: استعمال ذلك الجزء (تابع)؛ إذ الاستعمال قصدا للجزء الذي يلاقيه العضو، وما سواه تبع في الاستعمال، فلا يبالى به، وصار (كالجُبة المكفوفة بالحرير، والعلم في الثوب)، والعمامة المعلمة بالذهب، (ومسمار الذهب في الفَصِّ)، وصار كمن شرب من كفه وفي إصبعه خاتم فضة.

وعن ابن عمر أنه كان لا يشرب بقدح فيه ضبة فضة ولا حلقة فضة، ومثله عن جماعة، وعن آخرين إباحته.

وحكي أن المسألة وقعت عند أبي جعفر الدوانقي بحضرة أبي حنيفة وأئمة عصره، فقالت الأئمة: يكره، فقال أبو حنيفة: إن وضع فمه على الفضة يكره، وإلا لا، وقيل له: ما الدليل عليه؟ فقال: لو كان في إصبعه خاتم فضة فشرب من كفه، أيكره؟ فوقف كلهم، وتعجب أبو جعفر. كذا في جامع المحبوبي.

أَوْلَى أَنْ يُقْبَلَ فِي الحُرْمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَ فِي الهَدِيَّةِ، وَالإِذْنِ قَوْلَ العَبْدِ وَالجَارِيَةِ وَالصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّ الهَدَايَا تُبْعَثُ عَادَةً عَلَى أَيْدِي هَؤُلَاءِ، وَكَذَا لَا يُمْكِنُهُمْ اسْتِصْحَابُ الشُّهُودِ عَلَى الإِذْنِ عِنْدَ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ وَالمُبَايَعَةِ فِي السُّوقِ، فَلَوْ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمْ يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا قَالَتْ جَارِيَةٌ لِرَجُلٍ بَعَثَنِي مَوْلَايَ إِلَيْكَ هَدِيَّةً: وَسِعَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا أَخْبَرَتْ بِإِهْدَاءِ المَوْلَى غَيْرَهَا أَوْ نَفْسَهَا لِمَا قُلْنَا.
قَالَ: (وَيُقْبَلُ فِي المُعَامَلَاتِ قَوْلُ الفَاسِقِ، وَلَا يُقْبَلُ فِي الدِّيَانَاتِ إِلَّا قَوْلُ العَدْلِ).

وَوَجْهُ الفَرْقِ: أَنَّ المُعَامَلَاتِ يَكْثُرُ وُجُودُهَا فِيمَا بَيْنَ أَجْنَاسِ النَّاسِ، فَلَوْ شَرَطْنَا شَرْطًا زَائِدًا يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ، فَيُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ فِيهَا، عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا، كَافِرًا أَوْ مُسْلِمًا عَبْدًا أَوْ حُرًّا، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، دَفْعًا لِلْحَرَجِ. أَمَّا الدِّيَانَاتُ فَلَا يَكْثُرُ وُقُوعُهَا حَسَبِ وُقُوعِ المُعَامَلَاتِ فَجَازَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِيهَا زِيَادَةَ شَرْطٍ، فَلَا يُقْبَلُ فِيهَا إِلَّا قَوْلُ المُسْلِمِ العَدْلِ؛ لِأَنَّ الفَاسِقَ مُتَّهَمٌ، وَالكَافِرَ لَا يَلْتَزِمُ الحُكْمَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَ

وفي المجتبى: قيل: الجلوس على سرير من ذهب أو فضة يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويكره عند محمد؛ كاختلافهم في الجلوس على الحرير، والصحيح أنه يكره بالاتفاق.

قوله: (أولى أن يقبل في الحرمة)، فإن قيل: ذكر بعد هذا: **(ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل)**، وأراد بالعدل المسلم المرضي، ثم قال: من الديانات (الحل والحرمة)؛ فقد شرط هناك في الديانات الإسلام، وقبل هاهنا خبر المجوسي في الحل والحرمة، وهذا تناقض.

قلنا: فيه تناقض صورة لا حقيقة؛ لأن في إخبار المجوسي أني (اشتريته من يهودي...) إلى آخره إثبات الحل والحرمة ضمني.

أما قوله: بأن هذا حلال أو حرام إثباتهما قصدي، وكم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا، كبيع الشرب ووقف المنقول، وفيما [نحن][1] فيه

---

(١) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

الْمُسْلِمَ، بِخِلَافِ الْمُعَامَلَاتِ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ لَا يُمْكِنُهُ الْمَقَامُ فِي دِيَارِنَا إِلَّا بِالْمُعَامَلَةِ. وَلَا يَتَهَيَّأُ لَهُ الْمُعَامَلَةُ إِلَّا بَعْدَ قَبُولِ قَوْلِهِ فِيهَا، فَكَانَ فِيهِ ضَرُورَةٌ، وَلَا يُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ الْمَسْتُورِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهَا، جَرْيًا عَلَى مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ الْقَضَاءُ بِهِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: هُوَ وَالْفَاسِقُ فِيهِ سَوَاءٌ حَتَّى يُعْتَبَرَ فِيهِمَا أَكْبَرُ الرَّأْيِ.

قَالَ: (وَيُقْبَلُ فِيهَا قَوْلُ الْعَبْدِ وَالْحُرِّ وَالْأَمَةِ إِذَا كَانُوا عُدُولًا)؛ لِأَنَّ عِنْدَ الْعَدَالَةِ

[قوله][1] (اشتريته من يهودي) إخبار (المعاملات)؛ فيثبت الحل ضمنًا، أما في قوله: هذا حلال أو هذا حرام إخبار في الديانات فلا يقبل.

والإمام الخسرواني شرط في الحل الضمني والحرمة الضمني العدل أيضًا؛ حيث قال: هذا إذا كان المخبر عدلًا، وإن كان غير عدل فإن وقع في قلبه صدقه وسعه أكله، وإلا فلا. كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (لما قلنا) أراد قوله: (لأن الهدايا تبعث عادة...) إلى آخره، وروي أن عليًّا قبل أمَةً هديةً، وقال لها: أفارغة أنت أم مشغولة؟ فقالت: بل مشغولة، وأخبرته أن لها زوجًا، فردَّها وقبل قولها.

قوله: (**ويقبل في المعاملات قول الفاسق**) وعند الأئمة الثلاثة لا يقبل إلا قول العدل، وقد مر في الوكالة.

(**وعن أبي حنيفة**) -وهو رواية الحسن عنه-؛ (**أنه يجوز جريًا على مذهبه فإنه يجوز القضاء**) بشهادة المستورين إذا لم يطعن الخصم، فكان كالعدل.

والأصح ظاهر [٢/٤١٩/ب] الرواية؛ لأنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزمًا، وقد سقط اعتبار العدد؛ فلم يبق إلا اعتبار العدالة، وإذا ثبت شرطية العدالة؛ فلا يكتفى بوجوده ظاهرًا.

قوله: (**ويقبل فيها**) أي: في الديانات (**قول العبد...**) إلى آخره؛ لأن [في][2] أمور الدين خبر العبد كخبر الحر، كما في رواية الأخبار، وقد مر في

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الصِّدْقُ رَاجِحٌ وَالقَبُولُ لِرُجْحَانِهِ. فَمِن المُعَامَلَاتِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمِنهَا: التَّوْكِيلُ. وَمِن الدِّيَانَاتِ: الإِخْبَارُ بِنَجَاسَةِ المَاءِ، حَتَّى إِذَا أَخْبَرَهُ مُسْلِمٌ مَرْضِيٌّ لَمْ يَتَوَضَّأْ بِهِ وَيَتَيَمَّمُ، وَلَوْ كَانَ المُخْبِرُ فَاسِقًا أَوْ مَسْتُورًا تَحَرَّى، فَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ: يَتَيَمَّمُ وَلَا يَتَوَضَّأُ بِهِ، وَإِنْ أَرَاقَ المَاءَ، ثُمَّ تَيَمَّمَ كَانَ أَحْوَطَ، وَمَعَ العَدَالَةِ يَسْقُطُ احْتِمَالُ الكَذِبِ، فَلَا مَعْنَى لِلاحْتِيَاطِ بِالإِرَاقَةِ، أَمَّا التَّحَرِّي فَمُجَرَّدُ ظَنٍّ.

وَلَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ: يَتَوَضَّأُ بِهِ وَلَا يَتَيَمَّمُ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الكَذِبِ

الصوم في رؤيا الهلال، ورواية النساء من الصحابة مقبولة، قال ﷺ: «**خذُوا ثُلُثَيْ دينِكُمْ عن هذه الحُمَيْراءَ**»[(١)].

قوله: (**ولا يتيمم لترجح جانب الكذب**)، وفي المتنازع لو لم يترجح أحد الوجهين فالأصل في الماء الطهارة.

فإن قيل: ينبغي أن يتيمم أيضًا احتياطًا؛ للتعارض بين خبر الفاسق والتحري، كما في سؤر الحمار، يجمع بينهما لتعارض الأدلة.

قلنا: النص حكم بالتوقف في نبأ الفاسق، والأمر بالتيمم هاهنا عمل بخبره من وجه، فكان خلاف النص، ولما بقي التوقف في خبره بقي أصل الطهارة، فلا حاجة إلى ضم التيمم.

وقيل: هذا جواب الحكم؛ فأما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء، ولما قلنا؛ إن التحري مجرد ظن؛ فكان فيه احتمال الخطأ.

ولو أخبر بنجاسة الماء ذمي أو صبي، لا يعمل بخبره ويتوضأ؛ لأن ما أخبر به لا يلزمهما، فيصير غيرهما مقصودًا، فيصير من باب الإلزام، وليس لهما ولاية الإلزام.

---

(١) ذكره الديلمي في مسند الفردوس (٢/ ١٦٥) بدون إسناد قال السيوطي: لم أقف عليه.
قال السخاوي في المقاصد الحسنة (ص: ٣٢١ رقم ٤٣٢): قال شيخنا في تخريج ابن الحاجب من إملائه: لا أعرف له إسنادًا، ولا رأيته في شيء من كتب الحديث إلا في النهاية لابن الأثير ذكره في مادة ح م ر، ولم يذكر من خرجه، ورأيته أيضا في كتاب الفردوس، لكن بغير لفظه، وذكره من حديث أنس بغير إسناد أيضا ولفظه: «خذُوا ثلث دينكُمْ من بيت الحميراءِ» وبيض له صاحب مسند الفردوس؛ فلم يخرج له إسنادا، وذكر الحافظ عماد الدين ابن كثير أنه سأل الحافظين المزي والذهبي عنه؛ فلم يعرفاه.

بِالتَّحَرِّي، وَهَذَا جَوَابُ الحُكْمِ. فَأَمَّا فِي الِاحْتِيَاطِ فَيَتَيَمَّمُ بَعْدَ الوُضُوءِ لِمَا قُلْنَا.
وَمِنْهَا: الحِلُّ وَالحُرْمَةُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ زَوَالُ المِلْكِ، وَفِيهَا تَفَاصِيلُ وَتَفْرِيعَاتٌ ذَكَرْنَاهَا فِي «كِفَايَةِ المُنْتَهِي».

قوله: (ومنها) أي: ومن الديانات (الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال ملك) مثل الإخبار بحل الطعام وحرمته؛ لأنه ليس من ضرورة الانتفاع زوال ملك اليمين، كعصير إذا تخمر، فاعتبر أمر ديننا، وخبر الواحد مقبول فيه.

أما إذا كان فيه زوال ملك، كما إذا أخبرت امرأة واحدة أو رجل واحد ثقة، رجلًا أن زوجته معه ارتضعا من امرأة واحدة؛ لم تثبت الحرمة حتى لا يجب التفريق، ولم يقبل خبرها إلا على قول أحمد والحسن البصري؛ أنه يقبل خبر المرضعة فقط، وقد مر في الرضاع.

وفي فتاوى قاضي خان والكافي: والأفضل أن يتنزه؛ لأن شهادة الواحد حجة في التنزيه، كشهادة رجل عدل بالطلاق البائن أو الثلاث، فالحاكم يحول بينهما، وإن كان لا يفضي إلى زوال الملك، كذا هنا. هكذا في المبسوط والذخيرة.

ومن التفريعات: ما لو اشترى مسلم لحمًا، فأخبره مسلم ثقة أنه ذبحه مجوسي؛ يكره له أكله وبيعه؛ لأنه أخبر بحرمة العين، وهو خبر ديني فتتم الحجة بخبر الواحد، وتبقى العين مملوكة؛ لأن نقض الملك لا يجوز بخبر الواحد، وحرمة الأكل تنفصل عن زوال الملك، كالدهن النجس، وكالمباح له الطعام إذا نهى عن أكله يحرم عليه الأكل بدون زوال الملك، فهذا الاعتبار يوجب الحرمة، لكن الحل في هذه العين ثبت بسبب الملك لا بسبب الإباحة.

والملك لم يزل بشهادة الفرد، فيجب ألا تزول الإباحة، كما في النكاح على ما ذكرنا؛ فإذا اجتمع ما يوجب الحل وما يوجب الحرمة أثبتنا أمرًا بين أمرين، وهو الكراهة بخلاف النكاح، فإنا أثبتنا فيه التنزه لا غير؛ لما قلنا أن الحرمة لا تنفصل عن زوال الملك، والحل لا ينفصل عن ثبوت الملك، فلم تثبت الكراهة؛ لأنه لم يلزم الملك.

وكذا لو اشترى جارية أو ملك طعامًا هبة، أو ملكهما ميراثًا؛ فأخبر ثقة أنه لفلان غصبه البائع أو الميت أو الواهب.

قَالَ: ﴿وَمَنْ دُعِيَ إِلَى وَلِيمَةٍ، أَوْ طَعَامٍ، فَوَجَدَ ثَمَّةَ لَعِبًا، أَوْ غِنَاءً، فَلَا بَأْسَ بِأَنْ

والمستحب التنزه من الأكل والوطء، وإن لم يتنزه فهو في سعة، بخلاف ما إذا أخبر أنه ذبيحة مجوسي فإنه يكره له أكله، ولا يسعه ذلك؛ لأن المشهود به ثمة حق الله تعالى، لا حق العبد حتى لا تزول الحرمة بإباحة العبد، فتثبت بقول الواحد؛ لأنه حجة في الديانات.

أما هاهنا المشهود به حرمة تثبت به حقًّا للعبد؛ لأن المشهود به كون الشيء مغصوبًا في يد البائع، وشراء المغصوب حرام حقًّا للمالك لا لحق الله تعالى، بدليل أنه تزول الحرمة بإجازته، وكذلك حرمة أكل المغصوب باعتبار حق العبد حتى تزول بإباحته وإذنه، فلما كان كذلك كان حقًّا من حقوق العبد؛ فلا يثبت بشهادة الفرد؛ كما في النكاح لم يعتبر حجة لهذا، فكذا هاهنا. كذا في المبسوط والذخيرة.

قوله: ﴿أَوْ غِنَاءً﴾ بكسر الغين: السماع، ويقال بالفارسية: (سرود) وبفتح الغين: الكفاية، كلاهما ممدودان، وبكسرها بغير مد: اليسار. كذا في الصحاح[1].

وقيل: في الضابط[2]؛ (ممدود مقصور باد مقصور ممدود باد)؛ لأن إجابة الدعوة سُنّة، سواء كانت وليمة أو غيرها، وبه قال أحمد ومالك في رواية.

وقال الشافعي: إجابة وليمة [٢/ ٤٢٠/أ] العرس واجبة وغيرها مستحبة، وبه قال مالك في رواية.

ثم غير الوليمة من الدعوات ما يستحب إتيانها، وهي ما يفعل لحسن العشرة وإرادة الألفة، وما سوى ذلك من الخرس، وهو طعام الولادة والعقيقة، والإعذار وهو طعام الختان، والوكيرة وهو طعام لبناء الدار، والنقيعة، وهي طعام للقادم من السفر بالإجابة إلى الكل، يستحب عندنا والشافعي. وعند أحمد ومالك جائز غير مستحب.

وأما دعوة يقصد بها قصد مذموم؛ من التطاول وابتغاء المحمدة والشكر

---

(١) الصحاح تاج اللغة (٦/ ٢٤٥٠).

(٢) إبهام في أصل المخطوط.

يَقْعُدَ وَيَأْكُلَ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: ابْتُلِيتُ بِهَذَا مَرَّةً فَصَبَرْتُ. وَهَذَا لِأَنَّ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ سُنَّةٌ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى أَبَا القَاسِمِ» فَلَا يَتْرُكُهَا، لِمَا اقْتَرَنَ بِهَا مِنَ البِدْعَةِ مِن غَيْرِهِ، كَصَلَاةِ الجِنَازَةِ وَاجِبَةُ الإِقَامَةِ وَإِنْ حَضَرَتْهَا نِيَاحَةٌ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَى المَنْعِ مَنَعَهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ يَصْبِرْ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُقْتَدًى بِهِ، فَإِنْ كَانَ مُقْتَدًى وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى مَنْعِهِمْ يَخْرُجُ وَلَا يَقْعُدُ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ شَيْنَ الدِّينِ وَفَتْحَ بَابِ المَعْصِيَةِ عَلَى المُسْلِمِينَ، وَالمَحْكِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الكِتَابِ كَانَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُقْتَدًى بِهِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى المَائِدَةِ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْعُدَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَدًى لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨] وَهَذَا كُلُّهُ بَعْدَ الحُضُورِ، وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ الحُضُورِ لَا يَحْضُرُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ حَقُّ

وما أشبه ذلك؛ فلا ينبغي إجابتها لا سيما لأهل العلم؛ لأن في الإجابة إذلال أنفسهم.

قيل: ما وضع أحد يده في قصعة غيره؛ إلا ذَلَّ له.

قوله: (كصلاة الجنازة واجبة الإقامة).

ولا يقال: قاس السنة على الواجب، وفي الواجب بتركها يأثم، ففي عدم الحضور يلزم ترك الواجب، وفي السنة لا يأثم بتركها، فباقتران المعصية ينبغي أن يتركها.

لأنا نقول: هذا سنة في قوة الواجب؛ لورود الوعيد بتركه، فإن الحديث المذكور في الكتاب يدل عليه وإن لم يثبت الوجوب بالإجماع، وكذا قوله ﷺ: «**إذا دُعِيَ أحدُكُم فَلْيُجِبْ؛ فإن كانَ مُفطِرًا فليأكُلْ، وإن كانَ صائِمًا فَلْيدَعْ**»[1]؛ فلا يتركها للبدعة التي اقترنت بها، كما في صلاة الجنازة، وكذا تشييع الجنازة لا يجوز تركه؛ بنياحة أهل البيت وشق جيوبهم.

قوله: (ولو علم قبل الحضور لا يحضر) سواء كان مقتدىً أو لا، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنه لم يلزمه حق الدعوة؛ لأنها غير مسنونة، وعن أبي حفص

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٥٤ رقم ١٤٣١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الدَّعْوَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا هَجَمَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَزِمَهُ، وَدَلَّت الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْمَلَاهِيَ كُلَّهَا حَرَامٌ، حَتَّى التَّغَنِّي بِضَرْبِ الْقَضِيبِ.

الكبير: إذا كان ممن لا يحترم ولا تترك المعصية لأجله، فترك الإجابة؛ لقوله ﷺ: «من كَثَّرَ سوادَ قومٍ؛ فهْوَ منهُم»[١] إن كان محترمًا ويتركون المعصية بسببه يحضر.

قوله: (ودلت المسألة...) إلى آخره؛ لأن محمدًا أطلق اسم اللعب والغناء بقوله: يوجد ثم اللعب والغناء، فاللعب، وهو اللهو، حرام بالنص، قال ﷺ: **«لَهْوُ المُؤمنِ باطِلٌ إلّا في ثلاثٍ تَأديبِهِ فرسَهُ»** وفي رواية: **«مُلاعَبتِهِ بفرسِهِ ورَميِهِ عن قوسِهِ وملاعَبَتِهِ مع أهلِهِ»**[٢]، وهذا الذي ذكرنا ليس من هذه الثلاثة، فيكون باطلًا.

ثم الغناء قال بعض المشايخ: دلت المسألة على أن مجرد الغناء والاستماع إليه معصية؛ لما روى الصدر الشهيد في كراهية الواقعات عن رسول الله ﷺ، قال: **«إسْتماعُ المَلاهِي معصيةٌ، والجُلوسُ عَليها فِسقٌ، والتّلَذّذُ بِها مِن الكُفْرِ»**[٣]، وإنما قال ذلك على وجه التشديد.

وقال ابن مسعود: إن صوت اللهو والغناء يُنْبِتُ النفاقَ في القلب؛ كما يَنْبُتُ النبات بالماء.

وروى في فردوس الأخبار عن جابر: احذروا الغناء فإنه من قبل إبليس، وهو شرك عند الله، ولا يُغَنِّي إلا الشيطان.

ولهذا قال مشايخنا: استماع القرآن بالألحان معصية، والتالي والسامع آثمان.

---

(١) أخرجه أبو يعلى كما في نصب الراية (٤/ ٣٤٦)، وإتحاف الخيرة المهرة (٤/ ١٣٥ رقم ٣٢٩٧) من حديث ابن مسعود، ولم أجده في مسند أبي يعلى المطبوع ولا في مجمع الزوائد ولا في المقصد العلي؛ فلعله في المسند الكبير المفقود لأبي يعلى. ورجال إسناده ثقات.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٣ رقم ٢٥١٣) والترمذي (٣/ ٢٢٦ رقم ١٦٣٧) والنسائي (٦/ ٢٢٢ رقم ٣٥٧٨) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه وقال: حديث حسن.

(٣) أخرجه أبو يعقوب محمد بن إسحاق النيسابوري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه كما في نيل الأوطار للشوكاني (٨/ ١١٣) ويذكره الحنفية في كتبهم دون أن يعزوه لكتب الحديث.

وَكَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ ابْتُلِيتُ، لِأَنَّ الِابْتِلَاءَ بِالْمُحَرَّمِ يَكُونُ.

وقال بعضهم: إذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي أو يدفع الوحشة عن نفسه فلا بأس به، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي، والمكروه إذا كان على سبيل اللهو؛ لحديث أنس أنه كان من زهاد الصحابة، ثم كان يتغنى في مرضه، وكان ذلك لا يفعل تَلَهِّيًا[1] ولكن يدفع الوسواس عن نفسه.

قال شيخ الإسلام رحمه الله: جميع ذلك مكروه عند علمائنا رحمهم الله؛ لقوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ ٱلْحَدِيثِ﴾ [لقمان:٦] جاء في التفسير أن المراد الغناء.

وأما حديث أنس: أنه كان ينشد الأشعار المباحة، وهي التي فيها الموعظة والحكمة، ولا بأس بإنشاد مثل هذه الأشعار، ولو كانت في الشعر صفة امرأة إن كانت بعينها وهي حية يكره، وإن كانت ميتة لا يكره، وإن كانت غير معينة لا يكره. كذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان وجامعه وجامع المحبوبي.

وعند الأئمة الثلاثة: قراءة القرآن بالألحان حرام، وفصَّل الشافعي في ذلك فقال: إن كانت الألحان لا تُغَيِّرُ الحروف عن نظمها جاز، وإن كانت تُغَيِّرُ لا يجوز، وهكذا قال مشايخنا، وأنه يقبح السماع، ولكن ترد شهادة القوال والرقاص.

وفي التتمة: ومن السحت ما يأخذه الشاعر على الشعر، والمضحك للناس أو يسخر منهم، ويحدث الناس بمغازي رسول الله ﷺ وأصحابه لا سيما أحاديث العجم، مثل رستم واسفنديار.

وما تأخذه المغنية والنائحة والكاهنة، والواشمة والواشرة والمقامير [٢/ ٤٢٠/ب]، والمتوسطة لعقد النكاح والقواد والمصلح بين المتشاحنين، وثمن الخمر والسكر وعسيب التيس، وثمن جلود الميتات قبل الدباغ ومهر البغي وأجر الحجام، ولكن قال: الأولى أن يتنزه وأصحاب جميع المعازف، ولا يعلم فيه خلاف.

---

(١) في الأصل: (شهيا) والمثبت من البناية شرح الهداية (١٢/ ٨٨).

فَصْلٌ فِي اللُّبْسِ

قَالَ: (لَا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ لُبْسُ الحَرِيرِ وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ)؛ لِأَنَّ «النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ لُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ وَقَالَ: إِنَّمَا يَلْبَسُهُ مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ فِي الآخِرَةِ» وَإِنَّمَا حَلَّ لِلنِّسَاءِ بِحَدِيثٍ آخَرَ، وَهُوَ مَا رَوَاهُ عِدَّةٌ مِن الصَّحَابَةِ ﷺ مِنهُمْ عَلِيٌّ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَرَجَ وَبِإِحْدَى يَدَيْهِ حَرِيرٌ وَبِالأُخْرَى ذَهَبٌ، وَقَالَ: هَذَانِ مُحَرَّمَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي حَلَالٌ لِإِنَاثِهِمْ» وَيُرْوَى: «حِلٌّ لِإِنَاثِهِمْ» (إِلَّا أَنَّ القَلِيلَ عَفْوٌ، وَهُوَ مِقْدَارُ ثَلَاثَةِ أَصَابِعَ، أَوْ أَرْبَعَةٍ كَالأَعْلَامِ وَالمَكْفُوفِ بِالحَرِيرِ) لِمَا رُوِيَ

فَصْلٌ فِي اللُّبْسِ

قدم الأكل؛ لأنه أشد حاجة، ثم عقب عليه اللبس وقدمه على الوطء؛ لأن الحاجة إليه أشد.

قوله: (ويحل للنساء...) إلى آخره، قال بعض الناس: يحل للرجال أيضًا؛ لأنه عليه السلام «صلَّى وعليهِ فروجٌ من حريرٍ»[١]، وفي حديث مخرمة أنه ﷺ «خرجَ إليهِ وعليَهِ قباءٌ مِن ديباجٍ»[٢].

وللعامة نهيه عن لبس الحرير والديباج، وقال: «**إنَّما يلبَسُهُ مَن لا خَلاقَ لهُ فِي الآخرةِ**»[٣]، أي: نصيب له، وما روي منسوخ بما روينا، وقال بعض الفقهاء: هو حرام على النساء؛ لعموم النهي، ولنا حديث عليّ وأبي موسى وابن عمر وعقبة بن عامر أنه ﷺ خرج وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب، وقال: «**هذانِ حرامانِ على ذكورِ أمَّتي حلٌّ لإناثهم**»[٤].

وعن عمر أنه استقبل جيشًا من الغزاة، فلبسوا بعضهم الحرير فأعرض عنهم، فقيل له: لم أعرضت عنهم؟ قال: لأن عليهم ثياب أهل النار.

قوله: (مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) وقال بعض الناس: كره الثوب المعلم بالحرير.

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ٣٨٤ رقم ٣٧٥) من حديث عقبة بن عامر ﷺ أهدي إلى النبي ﷺ فروج حرير، فلبسه، فصلى فيه، ثم انصرف، فنزعه نزعًا شديدًا كالكاره له، وقال: «لا ينبغي هذا للمتقين».
(٢) أخرجه البخاري (٧/ ١٥٥ رقم ٥٨٦٢) من حديث مخرمة.
(٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) تقدم تخريجه من حديث علي وأبي موسى ﷺ.

«أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ لُبْسِ الحَرِيرِ إِلَّا مَوْضِعَ إِصْبَعَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ» أَرَادَ الأَعْلَامَ، وَعَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ كَانَ يَلْبَسُ جُبَّةً مَكْفُوفَةً بِالحَرِيرِ.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِتَوَسُّدِهِ وَالنَّوْمِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُكْرَهُ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ ذَكَرَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ وَحْدَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنَّمَا ذَكَرَهُ

وقال ابن القاسم: لم يجوز مالك من الحرير في الثوب إلا الخيط الرقيق؛ لوقوع النهي مطلقًا، فيقع على الكثير والقليل، وبعض أصحابه يجوز مقدار العلم، ولنا الحديث المذكور في الكتاب.

وفي القنية: عمامةٌ طُرَّتُها قدر أربع أصابع من إبريسم من أصابع عمر، قيس شبرنا يرخص، قال تاج الدين أخو[(١)] حسام الدين الشهيد: المعتبر قدر أربع أصابع لا مضمومة كل الضم، ولا منشورة كل النشر، قال المرغيناني: أربع أصابع على هيئتها كما هي لا أصابع السلف.

وقال الكرماني: أربع أصابع منشورة، قال الكرابيسي: هذا أولى، وقال أبو الفضل الكرماني: العَلَم في العمامة في مواضع تجمع.

وقال الحلواني وأبو حامد: لا تجمع، وقال الإسْبِيجابي في القلنسوة كذلك.

وعن محمد رحمه الله: لا يسع في القلنسوة؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله رخص في العلم في عرض الثوب.

قال صاحب المجتبى: وهذا يدل على أن القليل في طوله يكره، وقال محمد في السير [الكبير][(٢)]: المعلم عفو أيَّ مقدار [كان][(٣)].

قوله: (**وقالا**) أي: أبو يوسف ومحمد رحمهما الله (**يكره**) ويستوي فيه الرجل والمرأة، بخلاف اللبس. ذكره في الخلاصة.

وقالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم: حرام للرجال دون النساء.

---

(١) في النسختين: (أخ) والمثبت هو الصواب.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

القُدُورِيُّ وَغَيْرُهُ مِن المَشَايِخِ، وَكَذَا الِاخْتِلَافُ فِي سِتْرِ الحَرِيرِ وَتَعْلِيقِهِ عَلَى الأَبْوَابِ. لَهُمَا العُمُومَاتُ، وَلِأَنَّهُ مِن زِيِّ الأَكَاسِرَةِ وَالجَبَابِرَةِ وَالتَّشَبُّهُ بِهِمْ حَرَامٌ. وَقَالَ عُمَرُ ﷺ: إِيَّاكُمْ وَزِيَّ الأَعَاجِمِ.

وَلَهُ: مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَلَسَ عَلَى مِرْفَقَةِ حَرِيرٍ»، وَقَدْ كَانَ عَلَى بِسَاطِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ ﷺ مِرْفَقَةُ حَرِيرٍ، وَلِأَنَّ القَلِيلَ مِن المَلْبُوسِ مُبَاحٌ كَالأَعْلَامِ، فَكَذَا القَلِيلُ مِن اللُّبْسِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَالجَامِعُ كَوْنُهُ نَمُوذَجًا عَلَى مَا عُرِفَ.

(وغيره) أي: غير القدوري، كالقاضي أبي عاصم وغيره، وذكر أبو الليث قوله مع أبي حنيفة.

قوله: (لهما) أي: لأبي يوسف ومحمد **(العمومات)** وهو قوله: «**حرامان على ذكورِ أمَّتِي**»[1] ونهيه ﷺ عن لبس الحرير متفق عليه، والافتراش مثل اللبس.

وعن سعد بن أبي وقاص: لأن أتكئ على جمرة الغضا أحب إليّ من أن أتكئ على مرافق الحرير.

وعن عمر أنه أتي بدابة على سرجها حرير فقال: هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة، ولأن هذا عادة الأكاسرة، والتشبه بهم حرام.

قال عمر: إياكم وزي الأعاجم، قال الخسرواني: أكثر مشايخنا أخذوا بقولهما؛ لأن مآله التجبر. كذا في الحقائق.

المرفقة - بكسر الميم -: وسادة الاتكاء. النموذج بالفتح.

والأنموذج - بالضم-: تعريب (نموده)، وهو أن يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة منه، وترغيب في سبب توصله إليه.

فإن قيل: الجلوس على كرسي الفضة لا يحل، ولا يحل افتراشه أيضًا في الأصح، وقد حل القليل وهو لبس الخاتم.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِلُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الحَرْبِ عِنْدَهُمَا) لِمَا رَوَى الشَّعْبِيُّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَخَّصَ فِي لُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الحَرْبِ» وَلِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً، فَإِنَّ الخَالِصَ مِنهُ أَدْفَعُ لِمَعَرَّةِ السِّلَاحِ وَأَهْيَبُ فِي عَيْنِ العَدُوِّ لِبَرِيقِهِ (وَيُكْرَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لِأَنَّهُ لَا فَصْلَ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وَالضَّرُورَةُ انْدَفَعَتْ بِالمَخْلُوطِ، وَهُوَ

قلنا: إنّا ما أطلقنا القليل إلا ليكون أنموذجًا، فإذا انقلب مقصودًا بقي حرامًا كالخمر؛ وهذا لأن الحرير لباس أهل الجنة، قال تعالى: ﴿وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ﴾ [فاطر: ٣٣]؛ فوجب إطلاق القليل منه وهو العلم، والقليل من لبسه وهو الافتراش؛ ليكون أنموذجًا إلى ذلك الكثير الكامل، فأما الفضة فلا تكون لباسًا في الدار الآخرة، وإنما يكون منه الكراسي ونحوه، فلو أطلقنا لصار عينها مطلقًا، وعين الشيء لا يصلح أنموذجًا.

قوله: (والديباج)؛ اسم لثوب سداه ولُحْمَتُه إبريسم، وعندهم: اسم المنقش، والحرير من إبريسم مطبوخ.

وفي جمع التفاريق: الحرير ما كان مصمتًا، كذا في جامع المحبوبي والحقائق، ووافقهما [٢/ ٤٢١/أ] [ابن][1] الماجشون المالكي، ورخص ابن القاسم المالكي الأعلام منه في أرض العدو، ولم يجوزه مالك، وأكثر أهل العلم كقول أبي حنيفة.

قال الإِسْبِيجابي: الخلاف في الصفيق، أما الثوب الرقيق من الإبريسم لا يجوز في الحرب بلا خلاف.

(مَعرَّةِ السلاح)؛ شِدَّتِهِ.

وقوله: (فيما رويناه) إلى قوله ﷺ: «**هَذانِ حَرامانِ**» الحديث[2].

والخز: ثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء، ولا يعلم فيه خلاف للأئمة، وأن الصحابة كانوا يلبسون الخز.

قال وهب بن كيسان: رأيت سعد بن أبي وقاص وأبا هريرة وأنسًا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) تقدم تخريجه قريبا.

الَّذِي لُحْمَتُهُ حَرِيرٌ، وَسَدَاهُ غَيْرُ ذَلِكَ، وَالمَحْظُورُ لَا يُسْتَبَاحُ إِلَّا لِضَرُورَةٍ.

وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى المَخْلُوطِ. قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِلُبْسِ مَا سُدَاهُ حَرِيرٌ وَلُحْمَتُهُ غَيْرُ حَرِيرٍ كَالقُطْنِ وَالخَزِّ فِي الحَرْبِ وَغَيْرِهِ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ﷺ كَانُوا يَلْبَسُونَ الخَزَّ، وَالخَزُّ مَسْدِيٌّ بِالحَرِيرِ، وَلِأَنَّ الثَّوْبَ إِنَّمَا يَصِيرُ ثَوْبًا بِالنَّسْجِ، وَالنَّسْجُ بِاللُّحْمَةِ: فَكَانَتْ هِيَ المُعْتَبَرَةُ دُونَ السَّدَى. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: أَكْرَهُ ثَوْبَ القَزِّ يَكُونُ بَيْنَ الفَرْوِ وَالظِّهَارَةِ، وَلَا أَرَى بِحَشْوِ القَزِّ بَأسًا؛ لِأَنَّ الثَّوْبَ مَلْبُوسٌ وَالحَشْوَ غَيْرُ مَلْبُوسٍ. قَالَ: (وَمَا كَانَ لُحْمَتُهُ حَرِيرًا وَسُدَاهُ غَيْرَ حَرِيرٍ: لَا بَأسَ بِهِ فِي الحَرْبِ)

يلبسون[(١)]، وكان مُطْرَفُ خَزّ عبد الله بن الزبير تلبسه عائشة.

قوله: (والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى)؛ لأن الحكم إذا تعلق بوصفين فيضاف الحكم إلى آخرهما، واللحمة آخرهما؛ فعلى هذا يجوز لبس العتابي ونحوه.

وقيل في وجه المسألة؛ أن اللحمة تكون على ظاهر الثوب ترى وتشاهد وتلاقي البشرة، وكان تزيّنًا بالحرير، فعلى هذا يكره لبس العتابي؛ لأنه يكون سداه ظاهرًا. كذا في جامع قاضي خان.

قوله: (وما كانت لحمته حريرًا وسداه غير حرير)، ويقال له القطني، يكره في الحرب للضرورة، وقد ذكرنا أن ما رواه محمول على المخلوط؛ لأن الاعتبار للّحمة، ولا ضرورة.

وفي الذخيرة: ذكر هشام عن محمد أنه لم ير بأسًا باللباس المرتفع جدًّا، وقال خرج رسول الله ﷺ ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم، وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم، ودخل عليه رجل من أصحابه وعليه رداء خز، فقال ﷺ: «**إنّ الله تعالَى إذا أنعَمَ علَى عبدٍ أحبَّ أن يَرَى آثارَ نعمتِهِ عَليهِ**»[(٢)].

---

(١) كذا في الأصل، ولعل الصواب: (يلبسون الحرير).

(٢) ذكره الخادمي في البريقة المحمودية وعزاه للتتارخانية، أخرجه الترمذي (٤/ ٤٢١ رقم ٢٨١٩) من حديث عبد الله بن عمرو ﷺ مختصرا بدون ذكر القصة أو قيمة رداء النبي ﷺ، وقال: حديث حسن.

لِلضَّرُورَةِ (وَيُكْرَهُ فِي غَيْرِهِ) لِانْعِدَامِهَا، وَالِاعْتِبَارُ لِلُّحْمَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ التَّحَلِّي بِالذَّهَبِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَلَا بِالفِضَّةِ) لِأَنَّهَا فِي مَعْنَاهُ (إِلَّا بِالخَاتَمِ، وَالمِنطَقَةِ، وَحِلْيَةِ السَّيْفِ مِن الفِضَّةِ) تَحْقِيقًا لِمَعْنَى النَّمُوذَجِ، وَالفِضَّةُ أَغْنَتْ عَنِ الذَّهَبِ إِذْ هُمَا مِن جِنْسٍ وَاحِدٍ، كَيْفَ وَقَدْ جَاءَ فِي إِبَاحَةِ ذَلِكَ

وأبو حنيفة يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار، وأباح الله تعالى الزينة بقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ﴾ [الأعراف:٣٢].

قيل لأبي حنيفة: أليس أن عمر كان يلبس قميصًا عليه كذا كذا رقعة، قال: ذاك لحكمة، وهو أنه أمير المؤمنين، فلو لبس ثيابًا نفيسة أو اتخذ لنفسه ألوانًا من الطعام فعماله وحشمه يقتدون به في ذلك، وربما لا يكون لهم فيأخذون ظلمًا، فاختار ذلك لهذه المصلحة، وما روينا عنه ﷺ في لباسه دليل جوازه.

وكان أبو حنيفة يكره للرجال لبس ثوب المعصفر والمزعفر، وقيل: لا بأس به.

وذكر محمد في السير الكبير: لا بأس أن ينقش بيته ويتجمل بالثياب الفاخرة والأواني، ولا يجعله كأستار الكعبة، ولكن يؤزر بإزرار. وعن الأئمة الثلاثة بالإبريسم لا يجوز إلا في أستار الكعبة.

والستر الذي فيه صور الحيوان مكروه، وعن بعض أصحاب الشافعي: إن كان للحاجة لا بأس به، كسترٍ على الباب، وكذا لو كانت الصورة صغيرة لا تبدو للناظر، ويجوز التجمل بالأواني من الذهب والفضة بشرط ألا يريد به التفاخر والتكاثر؛ لأن فيه إظهار نعم الله تعالى.

ولا تكره التكة من حرير، وعن أبي يوسف: تكره، وبه قال مالك، واختلف في عصب الجراح بالحرير، وقيل: لا يحل استعمال منطقة وفي وسطها ديباج، وقيل: يحل إذ لم يبلغ عرضها قدر أربع أصابع. كذا في المجتبى.

وفي القنية: قال القاضي عبد الجبار: لف العمامة الطويلة ولبس الواسعة؛ يباح في حق الفقهاء الذين هم أعلام الدين دون النساء.

آثَارٌ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَا يَتَخَتَّمُ إِلَّا بِالفِضَّةِ، وَهَذَا نَصٌّ عَلَى أَنَّ التَّخَتُّمَ بِالحَجَرِ وَالحَدِيدِ وَالصُّفْرِ حَرَامٌ. «وَرَأَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى رَجُلٍ خَاتَمَ صُفْرٍ فَقَالَ: مَالِي أَجِدُ مِنك رَائِحَةَ الأَصْنَامِ. وَرَأَى عَلَى آخَرِ خَاتَمَ حَدِيدٍ، فَقَالَ: مَالِي أَرَى عَلَيْكَ حِلْيَةَ أَهْلِ النَّارِ» وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَطْلَقَ الحَجَرَ الَّذِي يُقَالُ لَهُ:

قوله: (ولا يتختم إلَّا بالفضة) قالوا: إن قصد به التجبر يكره، وإلا لا، ذكره المحبوبي.

في إباحة ذلك آثار، وهي ما روى المحبوبي: كان للنبي ﷺ خاتم فضة، نقش خاتمه: محمد رسول الله: محمد سطر، ورسول سطر، والله سطر، ولمعاذ خاتم نقشه: محمد رسول الله، فقال ﷺ: ما نقش خاتمك؟ قال: محمد رسول الله، فقال: أمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه، استوهبه من معاذ فوهبه منه، فكان في يده ﷺ إلى أن توفي، ثم في يد أبي بكر، ثم في يد عمر، ثم في يد عثمان حتى وقع من يده في البئر[(١)]، فأنفق مالًا عظيمًا فلم يجده، ووقع الخلاف والتشويش بينهم.

وفي حديث نعمان بن بشير فقال ﷺ: «**اِتّخِذْهُ مِنَ الوَرِقِ، ولَا تَزِدْ علَى مِثْقالٍ، وتَختَّمْ باليَمينِ**»[(٢)].

قوله: (**وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَطْلَقَ**...) إلى آخره، وإليه مال شمس الأئمة فقال: الأصح أنه لا بأس به كالعقيق، فإنه مبارك، فإنه عليه الصلاة والسلام تختم بالعقيق وقال: «**تَختّموا بِهِ فإنهُ مُبارَكٌ**»[(٣)] ولأنه ليس بحجر؛ لأنه لا ثقل له، ولنا

---

(١) بنحوه بدون ذكر معاذ أخرجه البخاري (٧/ ١٥٧ رقم ٥٨٧٢)، (٧/ ١٥٨ رقم ٥٨٧٨- ٥٨٧٩) ومسلم (٣/ ١٦٥٦ رقم ٢٠٩١) من حديث أنس ﷺ.

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٩٠ رقم ٤٢٢٣) والترمذي (٣/ ٣٠٠ رقم ١٧٨٥) والنسائي (٨/ ١٧٢ رقم ٥١٩٥) من حديث بريدة وقال الترمذي: غريب. وقبِلَه المنذري في الترغيب (١/ ٣١٤) عقب حديث ١١٥٨. قال ابن حجر في الفتح (١٠/ ٣٢٣): صححه ابن حبان، وفى سنده أبو طيبة اسمه عبد الله بن مسلم المروزي، قال أبو حاتم الرازي: يكتب حديثه ولا يحتج به، وقال ابن حبان فى الثقات: يخطىء ويخالف.

(٣) أخرجه ابن عدي في الكامل (٨/ ٤٦٨- ٤٦٩) من حديث عائشة ﷺ وأعله بيعقوب بن ابن إبراهيم الزهري فقال: ليس بالمعروف.

يَشْبُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَجَرٍ، إِذْ لَيْسَ لَهُ ثِقَلُ الحَجَرِ، وَإِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَدُلُّ عَلَى تَحْرِيمِهِ (وَالتَّخَتُّمُ بِالذَّهَبِ عَلَى الرِّجَالِ حَرَامٌ) لِمَا رَوَيْنَا. وَعَنْ عَلِيٍّ ﷺ «أَنَّ

أنه يتخذ منه الأصنام، [٢/ ٤٢١/ب] فأشبه الصفر الذي هو المنصوص المعلول بالنص.

قوله: (لما روينا) أراد قوله عليه الصلاة والسلام: «**هَذانِ حَرامانِ...**»(١) الحديث، قال بعض الناس: لا بأس بالتختم بالذهب؛ لما روى البراء بن عازب أنه لبس خاتم ذهب، وقال: كسانيه رسول الله ﷺ.

وعن مصعب أنه رأى خاتمًا في يد طلحة وصهيب وسعد بن العاص، ولأن النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء، فلما حل التختم بالفضة لقلته، ولكونه نموذجًا، وجعل كالعلم في الثوب، فكذا في الآخر.

ولنا ما روي عن علي وابن مسعود وأبي هريرة ﷺ أنه ﷺ نهى عن ذلك.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلًا جلس إلى رسول الله ﷺ وعليه خاتم من ذهب، فأعرض عنه رسول الله ﷺ، فلبس خاتم حديد، فقال عليه الصلاة والسلام: «**هذهِ لبسةُ أهلِ النارِ**» فرجع ولبس خاتمًا من وَرِق، فسكت رسول الله ﷺ(٢).

وعن ابن عمر أنه ﷺ لبس خاتمًا من ذهب، فنبذه، فقال: «**لَا ألبسُهُ أبدًا**»(٣).

ولأن الأصل هو التحريم؛ لما روينا، والإباحة لضرورة الختم والنموذج، وقد زالت بالفضة؛ لأنهما من جنس واحد، فيبقى الذهب على حكم التحريم، وما رواه منسوخ، بدليل حديث ابن عمر، أو تأويله أن يكون فصُّه مركّبًا بالذهب، أو يكون مُذَهّبًا، وإنما العبرة بالحلقة، وإليها تكون النسبة في الحكم والشريعة، وقوام الخاتم بها.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ١٦٣، رقم ٦٥١٨)، (٢/ ١٧٩ رقم ٦٦٨٠).
قال الهيثمي: رواه أحمد والطبراني وأحد إسنادي أحمد رجاله ثقات. مجمع الزوائد (٥/ ١٥١).

(٣) أخرجه البخاري (٧/ ١٥٦ رقم ٥٨٦٦) ومسلم (٣/ ١٦٥٥ رقم ٢٠٩١) من حديث ابن عمر ﷺ.

النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ التَّخَتُّمِ بِالذَّهَبِ» وَلِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ التَّحْرِيمُ، وَالإِبَاحَةُ ضَرُورَةُ الخَتْمِ أَوِ النَّمُوذَجِ، وَقَدْ انْدَفَعَتْ بِالأَدْنَى وَهُوَ الفِضَّةُ، وَالحَلْقَةُ هِيَ المُعْتَبَرَةُ؛ لِأَنَّ قِوَامَ الخَاتَمِ بِهَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالفَصِّ، حَتَّى يَجُوزَ أَنْ يَكُونَ مِن حَجَرٍ، وَيَجْعَلُ الفَصَّ إِلَى بَاطِنِ كَفِّهِ، بِخِلَافِ النِّسْوَانِ؛ لِأَنَّهُ تَزَيُّنٌ فِي حَقِّهِنَّ، وَإِنَّمَا يَتَخَتَّمُ القَاضِي وَالسُّلْطَانُ لِحَاجَتِهِ إِلَى الخَتْمِ، وَأَمَّا غَيْرُهُمَا: فَالأَفْضَلُ أَنْ يَتْرُكَهُ لِعَدَمِ الحَاجَةِ إِلَيْهِ. قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِمِسْمَارِ الذَّهَبِ، يُجْعَلُ فِي حَجَرِ الفَصِّ) أَيْ فِي ثُقْبِهِ؛

قوله: (وَيَجْعَلُ الْفَصَّ إِلَى بَاطِنِ كَفِّهِ) لا إلى ظهره (بخلاف النِّسوان) ويجعله في اليد اليسرى، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إِجْعَلْهُ في يَمينِكَ» وما قال لنعمان بن بشير: «اِتَّخِذْهُ في اليمينِ ولَا تَزِدْهُ علَى مِثقالٍ»[1] كان في ابتداء الإسلام، ثم صار منه من علامات أهل البغي؛ لقصة الحكمين. كذا في جامع قاضي خان.

وفي التتمة: قال الناطفي: لا بأس بأن ينقش على الخاتم اسم الله تعالى ونِعْمَ الوكيلِ ونحوه، ولا ينبغي أن ينقش فيه تمثال إنسان أو طير، وحلقة الحديد والنحاس والعظم وفي المنطقة لا يكره.

وقال الإِسْبِيجابي: الفضة في المكاعب لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد. قال بعض الناس: نقش الخاتم بالعربية يكره، وبغير العربية لا بأس به؛ لما أن على خاتم نعمان بن مقرن إبلا قابضًا إحدى يديه باسطًا الأخرى، وكان نقش خاتم حذيفة كركيان[2].

ولنا لا بأس بالعربية، كما روي من نقش خاتم رسول الله ﷺ، والخلفاء الراشدون قد نقشوا خواتيمهم بالعربية.

قوله: (لعدم الحاجة إليه) حتى لو كان محتاجًا صحت، وقال قوم: كره لبس الخاتم لغير ذي السلطان؛ لما روي عن أبي ريحانة أنه قال: «نَهَى

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) في النسختين: (كوكبان) والمثبت من مصنف ابن أبي شيبة (٥/ ١٩٠).

لِأَنَّهُ تَابِعٌ، كَالعَلَمِ فِي الثَّوْبِ فَلَا يُعَدُّ لَابِسًا لَهُ. قَالَ: (وَلَا تُشَدُّ الأَسْنَانُ بِالذَّهَبِ، وَتُشَدُّ بِالفِضَّةِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا بَأْسَ بِالذَّهَبِ أَيْضًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: مِثْلُ قَوْلِ كُلٍّ مِنْهُمَا[*]. لَهُمَا: «أَنَّ عَرْفَجَةَ بْنَ أَسْعَدَ الكِنَانِيَّ أُصِيبَ أَنْفُهُ يَوْمَ الكُلَابِ فَاتَّخَذَ أَنْفًا مِن فِضَّةٍ فَأَنْتَنَ. فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِأَنْ يَتَّخِذَ أَنْفًا مِن ذَهَبٍ» وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الأَصْلَ فِيهِ التَّحْرِيمُ، وَالإِبَاحَةُ لِلضَّرُورَةِ، وَقَد انْدَفَعَتْ بِالفِضَّةِ وَهِيَ الأَدْنَى فَبَقِيَ الذَّهَبُ عَلَى التَّحْرِيمِ.

وَالضَّرُورَةُ فِيمَا رُوِيَ لَمْ تَنْدَفِعْ فِي الأَنْفِ دُونَهُ حَيْثُ أَنْتَنَ . ...

رسولُ اللهِ ﷺ عن لَبُوسِ الخاتَمِ إلّا لِذِي سُلطانٍ»[(١)].

ولنا لا بأس به؛ لما روي أن كثيرًا من الصحابة تختّموا، والحسن والحسين يتختّمان في يسارهما، فكان المراد من النهي التنزيه.

قوله: (مثل قول كلٍّ منهما) فإن المشايخ اختلفوا في قول أبي يوسف، ذكره الكرخي مع أبي حنيفة، وذكر في الإملاء مع محمد.

وفي الكافي: قال محمد: لا بأس بالذهب، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

وفي الصحاح: الكُلاب، بالضمّ: اسمُ ماءٍ كانت عنده الوقعة.

[قوله][(٢)]: (الأصل فيه التحريم) لعموم قوله ﷺ: «حَرامانِ علَى ذُكورِ أُمّتي»[(٣)] وهذا عام متفق على قبوله، راجح على الخاص المختلف في قبوله، ولعله ﷺ خص عرفجة بذلك كما خص الزبير بن العوام بلبس الحرير لِحَكَّةٍ كانت به.

قوله: (دونه) أي: دون الذهب، ومسألة الأنف على الاتفاق إذا أنتن أو

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) جزء من حديث أخرجه أبو داود (٤/ ٤٨ رقم ٤٠٤٩) والنسائي (٨/ ١٤٣ رقم ٥٠٩١) عن أبي ريحانة رضي الله عنه. قال ابن حجر في التلخيص الحبير (٢/ ٣٨٧ رقم ٨٥٧): في إسناده رجل مبهم فلم يصح الحديث.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الذُّكُورُ مِن الصِّبْيَانِ الذَّهَبَ وَالحَرِيرَ)؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لَمَّا ثَبَتَ فِي حَقِّ الذُّكُورِ وَحَرُمَ اللُّبْسُ حَرُمَ الإِلْبَاسُ كَالخَمْرِ لَمَّا حَرُمَ شُرْبُهَا حَرُمَ سَقْيُهَا. قَالَ: (وَتُكْرَهُ الخِرْقَةُ الَّتِي تُحْمَلُ فَيُمْسَحُ بِهَا العَرَقُ)؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ تَجَبُّرٍ وَتَكَبُّرٍ (وَكَذَا الَّتِي يُمْسَحُ بِهَا الوُضُوءُ أَوْ يُمْتَخَطُ بِهَا) وَقِيلَ: إِذَا كَانَ عَنْ حَاجَةٍ لَا يُكْرَهُ، وَهُوَ

خيف ذلك، فأما تضبيب الأسنان فخالٍ عن هذا العذر، وما قال محمد أن الذهب والفضة استويا في حرمة الاستعمال، فإذا حل التضبيب بالفضة وجب أن يحل بالذهب يبطل بالتختم، فإنه يحل بالفضة دون الذهب.

قال الطحاوي: وقد روي عن جماعة من المتقدمين شد الأسنان من الذهب، منهم الحسن والمغيرة بن عبد الله أمير الكوفة وأبو التياح وأبو جمرة وأبو نوفل وعبد الله بن الحسن أمير البصرة.

قوله: (ويكره أن يلبس الذكور...) إلى آخره.

وعن الشافعي: يجوز تحلية الصبيان، وعن بعض الصحابة لا يجوز كما قلنا.

وفي الحلية[1]: وليس بشيء، وكذا عندنا يكره أن يختضب يده ورجله بالحناء من غير حاجة، كما يكره للرجل، ذكره في فتاوى العتابي، وعند الأئمة [٢/ ٤٢٢/أ] الثلاثة لا بأس بتحلية الصبي.

لاَ يَنْفَعَنْكَ الْيَوْمَ إِنْ هَمَّتْ بِهِمْ ... كَثْرَةُ مَا تُوصِي وَتَعْقَادُ الرَّتَمْ

قوله: (قال) أي: في الجامع الصغير **(وتكره الخرقة...)** إلى آخره.

قوله: (وَكَذَا الَّتِي يُمْسَحُ بِهَا الْوُضوءَ) أي: تكره أيضًا، وبه قال الشافعي؛ لأنها بدعة تشبه بزي الأعاجم، والتشبه بزي الأعاجم مكروه، وبه قالت الأئمة الثلاثة، ولم يكن رسول الله ﷺ يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة والتابعين، وإنما يتمسحون بأطراف أرديتهم.

وفي جامع قاضي خان: والصحيح أنه لا يكره، ذكره بعض المتأخرين من أصحابنا؛ لأن المسلمين قد استعملوا هذا في عامة البلدان مناديل الوضوء

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٣/ ٨٤).

الصَّحِيحُ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ إِذَا كَانَ عَنْ تَكَبُّرٍ وَتَجَبُّرٍ وَصَارَ كَالتَّرَبُّعِ فِي الجُلُوسِ (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَرْبِطَ الرَّجُلُ فِي أُصْبُعِهِ، أَوْ خَاتَمِهِ الخَيْطَ لِلْحَاجَةِ) وَيُسَمَّى ذَلِكَ الرَّتَمُ وَالرَّتِيمَةُ. وَكَانَ ذَلِكَ مِن عَادَةِ العَرَبِ. قَالَ قَائِلُهُمْ: لَا يَنْفَعَنَّكَ اليَوْمَ إِنْ هَمَّتْ بِهِمْ. كَثْرَةُ مَا تُوصِي وَتَعْقَادُ الرَّتَمِ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بَعْضَ أَصْحَابِهِ بِذَلِكَ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَبَثٍ، لِمَا فِيهِ مِن الغَرَضِ الصَّحِيحِ وَهُوَ التَّذَكُّرُ عَنْدَ النِّسْيَانِ.

والخرق لدفع الأذى عن الثياب النفيسة، وما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله أحسن، وقد جاء في الحديث أنه ﷺ كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الأوقات، فلم يكن بدعة.

وحاصله أن كل ما فعله على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة، وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره، وهو نظير الترفع في الجلوس والاتكاء، إن فعل ذلك تجبرًا يكره، وإن فعل لحاجة وضرورة لا.

الرتيمة: خيط التذكرة يعقد بالإصبع، وكذلك الرتمة، قال الشاعر:

إذا لَم تَكُنْ حاجَتُنا في نفوسِكُم ... فليسَ بمَعزِلٍ عنكَ عَقدُ الرّتايِم[1]

وقائل شعر الكتاب: ابن السكيت، والرتم: ضرب من الشجر، وقيل: معناه أن الرجل إذا خرج في سفر عمد إلى هذا الشجر فشد بعض أغصانه ببعض، فإذا رجع فأصابه على تلك الحالة لم تخني امرأتي، وإن أصابه قد انحل قال: خانتني، هكذا المروي عن الثقات، إلا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة، كذا في المغرب[2].

ثم قوله: (إن هَمَّتْ بهم) أي: قصدت بفاحشة.

وقوله: (تَعْقاد) مصدر بمعنى العقد، للمبالغة، على وزن التَّفْعال، كالتسيار والتهذار والتلعاب، بمعنى السير والهذر واللعب، وكان الرتم مجرورًا بالإضافة.

---

(١) كذا بالأصل، وهو غير مستقيم، والبيت من الطويل وهو في لسان العرب (١٢/ ٢٢٥) على الصواب هكذا:

إذا لَمْ تكنْ حاجاتُنا في نُفوسِكِمْ ... فَلَيسَ بِمُغْنٍ عَنكَ عَقدُ الرَّتائِمِ

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ١٨٣).

فَصْلٌ فِي الوَطْءِ وَالنَّظَرِ وَاللَّمْسِ

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ الرَّجُلُ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] قَالَ عَلِيٌّ وَابْنُ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما: مَا ظَهَرَ مِنهَا الكُحْلُ وَالخَاتَمُ، وَالمُرَادُ مَوْضِعُهُمَا، وَهُوَ الوَجْهُ وَالكَفُّ، كَمَا أَنَّ المُرَادَ بِالزِّينَةِ المَذْكُورَةِ مَوْضِعُهَا، وَلِأَنَّ فِي إِبْدَاءِ الوَجْهِ وَالكَفِّ ضَرُورَةً لِحَاجَتِهَا إِلَى

فَصْلٌ فِي الوَطْءِ وَالنَّظَرِ وَاللَّمْسِ

قوله: (قال عليٌّ وابن عباس...) إلى آخره، قيد بقولهما؛ لأن عائشة تقول: المراد من قوله: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] إحدى عينيها.

وقال ابن مسعود: خُفُّها وملاءتها، واستدلَّ بقوله ﷺ: «**النّساءُ حبائِلُ الشّيطانِ تصيدُ الرِّجالَ**»[١]، وقال ﷺ: «**ما تركتُ بعدِي فتنةً أضرَّ علَى الرجالِ مِنَ النِّساءِ**»[٢]، وجرى في مجلسه ﷺ يومًا: ما خير ما للرجال من النساء وما خير ما للنساء من الرجال؟ فلما رجع علي إلى بيته أخبر فاطمة فقالت: خير ما للرجال ألا يَرَوْهُنَّ، وخير ما للنساء ألا يَرَيْنَهُمْ، فلما أخبر رسول الله ﷺ بذلك، قال رسول الله ﷺ: «**هِيَ بِضعَةٌ مِنِّي**»[٣]؛ فدل أنه لا يباح النظر إلى شيء من بدنها، ولأن حرمة النظر لخوف الفتنة، وعامة محاسنها في وجهها، فالخوف فيه أكثر.

وقالت عائشة رضي الله عنها: لكن لا تجد بدًّا من أن تمشي في الطريق، فلا بد من فتح إحدى عينيها، فيجوز كشفها للضرورة.

والفقهاء وأكثر أهل العلم أخذوا بقول علي وابن عباس؛ لما أن الأخبار

---

(١) أخرجه القضاعي في مسند الشهاب (١/ ٦٦ رقم ٥٥) من حديث زيد بن خالد رضي الله عنه.
وفي سنده عبد الله بن مصعب بن خالد بن زيد الجهني قال الذهبي في الميزان (٢/ ٥٠٦ رقم ٤٦١٠): روى عن أبيه عن جده خطبة منكرة، وفيهم جهالة.

(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٨ رقم ٥٠٩٦) ومسلم (٤/ ٢٠٩٧ رقم ٢٧٤٠) من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه بهذا السياق أبو نعيم في الحلية (٢/ ٤٠) من حديث أنس رضي الله عنه.
وبنحوه أخرجه البخاري (٥/ ٢١ رقم ٣٧١٤) ومسلم (٤/ ١٩٠٢ رقم ٢٤٤٩) من حديث المسور بن مخرمة رضي الله عنه.

الْمُعَامَلَةِ مَعَ الرِّجَالِ أَخْذًا وَإِعْطَاءً وَغَيْرَ ذَلِكَ، وَهَذَا تَنْصِيصٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى قَدَمِهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُبَاحُ؛ لِأَنَّ فِيهِ بَعْضَ الضَّرُورَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَى ذِرَاعِهَا أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَبْدُو مِنهَا عَادَةً. قَالَ: (فَإِنْ كَانَ لَا يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ، لَا يَنْظُرُ إِلَى وَجْهِهَا إِلَّا لِحَاجَةٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ نَظَرَ إِلَى مَحَاسِنِ امْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ عَنْ شَهْوَةٍ صُبَّ فِي عَيْنَيْهِ الآنُكُ يَوْمَ القِيَامَةِ» فَإِذَا خَافَ الشَّهْوَةَ لَمْ يَنْظُرْ مِن غَيْرِ حَاجَةٍ تَحَرُّزًا عَنِ الْمُحَرَّمِ. وَقَوْلُهُ: «لَا يَأْمَنُ» يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُبَاحُ

في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفها جاءت، منها ما روي أن امرأة عرضت نفسها على النبي ﷺ فنظر إلى وجهها[1].

وبما قال عمر في خطبته: ألا لا تغالوا في صدقات النساء، فإنها لو كانت مكرمة لكان أولى بها رسول الله ﷺ، فوالله ما خطب النبي ﷺ أكثر من أربعمائة وأوقية ونش، فقالت امرأة سفعاء الخدين: أنت تقول برأيك أم سمعت رسول الله ﷺ؟ فإنا نجد في كتاب الله بخلاف ما تقول، قال الله تعالى: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: ٢٠] فبكى عمر، فقال عمر: كل الناس أفقه من عمر حتى النساء في البيوت؛ فذكر الراوي أنها سفعاء الخدين، فعلم أنها كانت مسفرة عن وجهها، فلما ناولت فاطمة أحد ولديها بلالًا أو أنسًا قال: رأيت كفها كأنها فلقة قمر، فدل أنه لا بأس بالنظر إلى الوجه والكف، وأما خوف الفتنة فقد يكون بالنظر إلى ثيابها أيضًا، قال الشاعر:

وَمَا غَرَّنِي إلا خِضَابٌ بِكَفِّهَا ... وَكُحْلٌ بِعَيْنَيْهَا وَأَثْوَابُهَا الصُّفْرُ[2]

فعلم أنه لا اعتبار لخوف الفتنة. كذا في المبسوط[3] والذخيرة.

وعند أحمد وداود: وجهها غير [عورة][4]، وكفها عورة، وقد مر في الصلاة.

قوله: (تَحَرُّزًا عَنِ الْمُحَرَّمِ) ولقوله ﷺ لعلي: «**لَا تُتْبِعِ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ، فإنَّ**

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ١٧ رقم ٥١٣٢) من حديث سهل بن سعد رضي الله عنه.
(٢) الشاعر هو الرحال بن محدوج النميري كما في منتهى الطلب في أشعار العرب (ص: ٤٤)، والبيت فيه وفي الشعر والشعراء لابن قتيبة (٢/ ٧١٠).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٥٣).
(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

إِذَا شَكَّ فِي الِاشْتِهَاءِ كَمَا إِذَا عَلِمَ أَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ ذَلِكَ (وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَمَسَّ وَجْهَهَا وَلَا كَفَّيْهَا، وَإِنْ كَانَ يَأْمَنُ الشَّهْوَةَ) لِقِيَامِ الْمُحَرَّمِ وَانْعِدَامِ الضَّرُورَةِ وَالْبَلْوَى، بِخِلَافِ النَّظَرِ لِأَنَّ فِيهِ بَلْوَى. وَالْمُحَرَّمُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ مَسَّ كَفَّ امْرَأَةٍ لَيْسَ مِنهَا بِسَبِيلٍ، وُضِعَ عَلَى كَفِّهِ جَمْرَةٌ يَوْمَ القِيَامَةِ» وَهَذَا إِذَا كَانَتْ شَابَّةً تُشْتَهَى، أَمَّا إِذَا كَانَتْ عَجُوزًا لَا تُشْتَهَى، فَلَا بَأْسَ بِمُصَافَحَتِهَا وَمَسِّ يَدِهَا، لِانْعِدَامِ خَوْفِ الفِتْنَةِ. وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ﷺ كَانَ يُدْخِلُ بَعْضَ القَبَائِلِ الَّتِي كَانَ مُسْتَرْضَعًا فِيهِمْ وَكَانَ يُصَافِحُ العَجَائِزَ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ ﷺ اسْتَأْجَرَ عَجُوزًا لِتُمَرِّضَهُ، وَكَانَتْ تَغْمِزُ رِجْلَيْهِ وَتُفَلِّي رَأْسَهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ شَيْخًا يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَيْهَا لِمَا

الأُولَى لكَ والثانيةَ عليكَ»[١] [٢/ ٤٢٢/ب] وجاء رجل إلى رسول الله ﷺ وقال: إني نظرت إلى امرأة فاشتهيتها، فأتبعتها نظري فأصاب رأسي جدارًا، فقال ﷺ: «**إذا أرادَ اللهُ تَعالَى بعبدٍ خيرًا عَجَّلَ عُقوبَتَهُ في الدُّنيا**»[٢].

قوله: (أو شيخا كبيرًا...) إلى آخره.

قيل: إذا كان الرجل شيخًا كبيرًا تأمن على نفسها لا بأس بمصافحتها؛ لأن الشيخ الكبير لم تبق له إِرْبَة، قال الله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ أَوِ ٱلطِّفۡلِ ٱلَّذِينَ لَمۡ يَظۡهَرُواْ عَلَىٰ عَوۡرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النور:٣١] فكذا العجوزة التي لم تبق لها إربة تكون ملحقة بالصغيرة، ومصافحة الصغيرة مباح، فكذا مصافحة العجوز، ثم أباح هنا للرجال اللمس إذا كانت عجوزة، ولم يشترط كونه شيخًا لا يجامع مثله.

وقد ذكر بعض المشايخ: هذا وضع المسألة فيما إذا كانت المرأة هي الماسّة بما فوق الإزار من الرجل.

وقال: إن كانت المرأة عجوزة لا يجامع مثلها، والرجل شيخ كبير لا يجامع مثله؛ لا بأس بالمصافحة حينئذ، فصار في المسألة روايتان: في رواية:

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٤٦ رقم ٢١٤٩) والترمذي (٤/ ٣٩٨ رقم ٢٧٧٧) من حديث بريدة ﷺ وقبله ابن حجر في الفتح (١١/ ٢٥) فهو عنده حسن أو صحيح.

(٢) أخرجه الترمذي (٤/ ١٧٩رقم ٢٣٩٦) من حديث أنس وقال: حسن غريب.

قُلْنَا، فَإِنْ كَانَ لَا يَأْمَنُ عَلَيْهَا لَا تَحِلُّ مُصَافَحَتُهَا، لِمَا فِيهِ مِن التَّعْرِيضِ لِلْفِتْنَةِ. (وَالصَّغِيرَةُ إِذَا كَانَتْ لَا تُشْتَهَى: يُبَاحُ مَسُّهَا، وَالنَّظَرُ إِلَيْهَا)، لِعَدَمِ خَوْفِ الفِتْنَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْقَاضِي إِذَا أَرَادَ أَنْ يَحْكُمَ عَلَيْهَا، وَلِلشَّاهِدِ إِذَا أَرَادَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا: النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا، وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) لِلْحَاجَةِ إِلَى إِحْيَاءِ حُقُوقِ النَّاسِ بِوَاسِطَةِ القَضَاءِ وَأَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَقْصِدَ بِهِ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ، أَوْ الحُكْمَ عَلَيْهَا، لَا قَضَاءَ الشَّهْوَةِ، تَحَرُّزًا عَمَّا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ وَهُوَ قَصْدُ القَبِيحِ. وَأَمَّا النَّظَرُ لِتَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ إِذَا اشْتَهَى قِيلَ: يُبَاحُ. وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ لَا يُبَاحُ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ

أباح المصافحة إذا كان أحدهما لا يشتهى. وفي رواية: يشترط أن يكون كل واحد منهما لا يشتهى.

وجه الرواية الأولى أن العجوزة صارت ملحقة بالصغيرة بما ذكرنا، ويجوز مصافحة الصغيرة وإن كان الماس ممن يشتهي.

ووجه الأخرى، وهو الفرق بين الصغيرة والعجوزة، أن أحد المصافحين إذا كان صغيرًا فالمصافحة لا تؤدي إلى الاشتهاء في الماس جميعًا، أما في حق البالغ فلأنه غير مشتهى، وأما في حق الصغيرة فلأنها لا تعلم الاشتهاء، أما إذا كانا بالغين فالشاب إن كان لا يشتهي بمس العجوزة فالعجوزة تشتهي بمس الشاب؛ لأنها قد علمت بذلك، فيؤدي إلى الاشتهاء، وما يؤدي إلى الاشتهاء حرام. كذا في المبسوط والذخيرة.

قوله: (والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها)؛ لأنه ليس ليديها طعم العورة، والأصل فيه ما روي أنه ﷺ كان يقبل ذكر الحسن والحسين في صغرهما، وروي أنه يأخذه ويجره فيضحك الصبي، ولأن العادة ترك التكلف بستر عورتها إن لم تبلغ حد الشهوة. كذا في المبسوط[1].

قوله: (يباح) أي: يشترط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة، ألا ترى أن شهود الزنا لهم أن ينظروا إلى موضع العورة على قصد تحمل الشهادة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٥٥).

مَنْ لَا يَشْتَهِي فَلَا ضَرُورَةَ، بِخِلَافِ حَالَةِ الْأَدَاءِ.

(وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا: وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يَشْتَهِيهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ «أَبْصِرْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا» وَلِأَنَّ مَقْصُودَهُ إِقَامَةُ السُّنَّةِ، لَا قَضَاءُ الشَّهْوَةِ.

قوله: (**بخلاف حالة الأداء**) لأنه التزم هذه الأمانة بالتحمل، وهو متعين لأدائها.

قوله: والخطاب لمغيرة بن شعبة[(١)] حين أراد أن يتزوج امرأة، وفي رواية: «**انظرها**» وفي الفائق[(٢)] «لو نظرت إليها فإنه أحرى...» الحديث[(٣)]، الضمير في «**فإنه**» راجع إلى مصدر لو نظرت، وأن يؤدم: أصله [بأن][(٤)] يؤدم، فحذفت الباء، والمعنى كان النظر أولى بالإصلاح وإيقاع الألفة والوفاق بينكما، من أدم الطعام، وهو إصلاحه بالإدام، وجعله موافقًا للطاعم، و«**لو**» هذه بمعنى ليت، ومن ثمة أجيب بالفاء، كأنه قيل: ليتك نظرت إليها، والغرض الحث على النظر.

وكان محمد بن مسلمة يطالع بيته سطح لها، قيل له: أتفعل هذا وأنت صاحب رسول الله! فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إذا ألقى الله خِطبة امرأةٍ في قلبِ رَجلٍ؛ أُحِلَّ لهُ النَّظرَ إليها**»[(٥)].

---

(١) يعني الحديث المذكور في المتن، وهو «أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما».
(٢) الفائق في غريب الحديث للزمخشري (١/ ٢٩).
(٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) أخرجه ابن ماجه (١/ ٥٩٩ رقم ١٨٦٤) قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٢/ ٩٩ رقم ٦٧٠): هذا إسناد فيه حجاج وهو ابن أرطأة الكوفي ضعيف ومدلس وقد رواه بالعنعنة رواه أبو داود الطيالسي في مسنده عن حماد بن سلمة عن حجاج بن أرطأة به ورواه البيهقي في الكبرى من طريق عبد ربه بن نافع عن ابن مليكة عن محمد بن سليمان به وقال هذا الحديث إسناده مختلف فيه ومداره على الحجاج بن أرطأة قلت -أي البوصيري-: لم ينفرد به حجاج بن أرطأة فقد رواه ابن حبان في صحيحه عن أبي يعلى عن أبي خيثمة عن أبي حازم عن سهل بن محمد ابن أبي حثمة عن عمه سليمان بن أبي حثمة قال رأيت محمد بن مسلمة فذكره ورواه الإمام أحمد في مسنده من حديث سهل أيضا ورواه أبو بكر بن أبي شيبة في مسنده هكذا بإسناده ومتنه ورواه أحمد بن منيع في مسنده من طريق الحجاج وسمى المرأة بهمة أخت الضحاك.

(وَيَجُوزُ لِلطَّبِيبِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَوْضِعِ المَرَضِ مِنهَا) لِلضَّرُورَةِ (وَيَنْبَغِي أَنْ يُعَلِّمَ امْرَأَةً مُدَاوَاتَهَا) لِأَنَّ نَظَرَ الجِنسِ إِلَى الجِنْسِ أَسْهَلُ (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرُوا، يَسْتُرْ كُلَّ عُضْوٍ مِنهَا، سِوَى مَوْضِعِ المَرَضِ) ثُمَّ يَنْظُرُ وَيَغُضُّ بَصَرَهُ مَا اسْتَطَاعَ؛ لِأَنَّ مَا ثَبَتَ بِالضَّرُورَةِ يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهَا، وَصَارَ كَنَظَرِ الخَافِضَةِ وَالخَتَّانِ.

(وَكَذَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَى مَوْضِعِ الاحْتِقَانِ مِن الرَّجُلِ) لِأَنَّهُ مُدَاوَاةٌ وَيَجُوزُ لِلْمَرَضِ وَكَذَا لِلْهُزَالِ الفَاحِشِ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ أَمَارَةُ المَرَضِ.

قوله: (إلى الجنس أسهل) ألا ترى أن المرأة تغسل المرأة بعد موتها دون الرجل.

قوله: (فإن لم يقدروا) أي: على امرأة تتعلم ذلك، أو لم يقدروا على المداومة إذا علمت، وخافوا أن تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع، فلا بأس.

(يستر...) إلى آخره.

الخفض للجارية، والختن للغلام، وجارية مخفوضة، أي: مختونة.

وفي المبسوط: ومن العذر النظر في حال الولادة؛ لأنه لا بد من قابلة تقبل الولد، وبدونها يخاف الهلاك على الولد، وقد جوز رسول الله ﷺ شهادة القابلة على الولادة، وذلك دليل على أنه يباح لها النظر.

(لأنه) أي: الاحتقان (مداواة).

(لأنه) أي: (الهزال الفاحش) (نوع مرض) يكون آخره الدق والسل.

وقوله: (على ما روي عن أبي يوسف)؛ احترازًا عما روي عن الحلواني أن الحقنة إنما تجوز إذا كان يخشى من الهزال التلف، وإلا فلا.

وفي الكافي: والصحيح ما روي عن أبي يوسف؛ لأنه نوع يكون آخره الدق والسل.

وقال الحلواني: ولو كان في الحقنة منفعة ولا ضرورة فيها، بأن يتقوى على الجماع لا يحل عندنا.

ذكر أبو الليث عن محمد بن مقاتل [٢/٤٢٣/أ] أنه لا بأس أن يتولى صاحب الحمام عورة إنسان بيده عند التنوير إذا كان يغض بصره، كما أنه لا

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِن الرَّجُلِ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكْبَتِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَوْرَةُ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ إِلَى رُكْبَتِهِ» وَيُرْوَى: «مَا دُونَ سُرَّتِهِ حَتَّى يُجَاوِزَ رُكْبَتَيْهِ» وَبِهَذَا ثَبَتَ أَنَّ السُّرَّةَ لَيْسَتْ بِعَوْرَةٍ، خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ أَبُو عِصْمَةَ وَالشَّافِعِيُّ، وَالرُّكْبَةُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ، وَالفَخِذُ عَوْرَةٌ خِلَافًا لِأَصْحَابِ الظَّوَاهِرِ، وَمَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى مَنْبَتِ الشَّعْرِ عَوْرَةٌ، خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الفَضْلِ الكُمَارِيُّ مُعْتَمِدًا فِيهِ العَادَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا مَعَ النَّصِّ بِخِلَافِهِ، وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ﷺ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَنَّهُ قَالَ «الرُّكْبَةُ مِن العَوْرَةِ» وَأَبْدَى الحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ ﷺ سُرَّتَهُ فَقَبَّلَهَا أَبُو هُرَيْرَةَ ﷺ وَقَالَ لِجَرْهَدٍ: «وَارِ

بأس به إذا كان يداوي جرحًا أو قرحًا.

قال أبو الليث: هذا في حالة الضرورة، وينبغي لكل أحد أن يتولى عانته إذا تنور. كذا في الذخيرة.

قوله: (لما يقوله أبو عصمة) وهو أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي **(والشافعي)** وقد مر في الصلاة، ولأن السرة محل الاشتهاء.

ولنا؛ ما روي عن عمر أنه إذا كان يتزر أبدى سرته، وحديث تقبيل أبي هريرة سرة الحسن.

قوله: (خلافًا لأصحاب الظواهر) فإن عندهم العورة موضع السوءة فقط؛ لقوله تعالى: ﴿بَدَتْ لَهُمَا سَوْءَاتُهُمَا﴾ [الأعراف:٢٢] والمراد منه العورة، وروي أنه ﷺ كان في حائط رجل من الأنصار قد دلى ركبته في ركية وهو مكشوف الفخذ، إذ دخل أبو بكر فلم يتزحزح، ثم دخل عمر فلم يتزحزح، ثم دخل عثمان فلم يتزحزح وغطى فخذه، فقيل له في ذلك، فقال ﷺ: «**ألا أَسْتَحِي مِمَّن تَسْتَحِي منهُ المَلائِكةُ**»[1]؛ فلو كان الفخذ عورة لما كشفها بين يدي أبي بكر وعمر.

قلنا: حديث جرهد أنه كان يصلي فقال له: «**وارِ فخذكَ...**» الحديث[2]، وقوله ﷺ: «**الرُّكبةُ من العورةِ**»[3] وقد مر في الصلاة، وللشافعي في أن الركبة

---

(١) أخرجه مسلم (٤/ ١٨٦٦ رقم ٢٤٠١) من حديث عائشة ﵂.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

فَخِذَك، أَمَا عَلِمْت أَنَّ الفَخِذَ عَوْرَةٌ؟» وَلِأَنَّ الرُّكْبَةَ مُلْتَقَى عَظْمِ الفَخِذِ وَالسَّاقِ، فَاجْتَمَعَ المُحَرِّمُ وَالمُبِيحُ، وَفِي مِثْلِهِ يَغْلِبُ المُحَرِّمُ، وَحُكْمُ العَوْرَةِ فِي الرُّكْبَةِ أَخَفُّ مِنْهُ فِي الفَخِذِ، وَفِي الفَخِذِ أَخَفُّ مِنْهُ فِي السَّوْأَةِ، حَتَّى أَنَّ كَاشِفَ الرُّكْبَةِ يُنْكَرُ عَلَيْهِ بِرِفْقٍ، وَكَاشِفَ الفَخِذِ يُعَنَّفُ عَلَيْهِ، وَكَاشِفَ السَّوْءَةِ يُؤَدَّبُ إِنْ لَجَّ (وَمَا يُبَاحُ النَّظَرُ إِلَيْهِ لِلرَّجُلِ مِنَ الرَّجُلِ يُبَاحُ المَسُّ) لِأَنَّهُمَا فِيمَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ سَوَاءٌ. قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى مَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَيْهِ مِنْهُ، إِذَا أَمِنَتْ الشَّهْوَةَ) لِاسْتِوَاءِ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ فِي النَّظَرِ إِلَى مَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ. وَفِي كِتَابِ الخُنْثَى مِنَ الأَصْلِ: أَنَّ نَظَرَ المَرْأَةِ إِلَى الرَّجُلِ الأَجْنَبِيِّ بِمَنْزِلَةِ نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى مَحَارِمِهِ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ إِلَى خِلَافِ الجِنْسِ أَغْلَظُ، فَإِنْ كَانَ فِي قَلْبِهَا شَهْوَةٌ، أَوْ أَكْبَرُ رَأْيِهَا أَنَّهَا تَشْتَهِي، أَوْ شَكَّتْ فِي ذَلِكَ، يُسْتَحَبُّ لَهَا أَنْ تَغُضَّ بَصَرَهَا، وَلَوْ كَانَ النَّاظِرُ هُوَ الرَّجُلُ إِلَيْهَا وَهُوَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَمْ يَنْظُرْ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى التَّحْرِيمِ.

ليست بعورة ما روى أنس أنه ﷺ «**ما أَبْدَى رُكبتَهُ بينَ يَدَيْ جَليسٍ قَطُّ**»[(١)]، وإنما قصد هذا ذكر الشمائل، فلو كانت الركبة عورة لم يكن هذا من الشمائل؛ لأن ستر العورة فرض على كل أحد.

ولنا: ما روى أبو هريرة أنه ﷺ قال: «**الرُّكْبَةُ مِنَ العَورَةِ**»[(٢)] والمروي عن أنس: «**ما مَدَّ رسولُ اللهِ ﷺ رِجلَيْهِ بينَ يدَي جليسٍ قَطُّ**»[(٣)] وهذا من الشمائل، وإبداء الركبة على ما ذكر في بعض الروايات كناية عن هذا المعنى أيضًا. كذا في المبسوط[(٤)].

أو حُمِل ذلك على [ما] دون الدرهم، وعمله النبي ﷺ تعليمًا للجواز، أو يقال: إن الأخبار تعارضت، وأحدهما محرم، فيترجح المحرم احتياطًا.

قوله: (وهذا) أي: قوله: لم ينظر (إشارة إلى التحريم).

---

(١) سيأتي تخريجه في الحاشية بعد التالية.
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) أخرجه الترمذي (٤/ ٢٣٥ رقم ٢٤٩٠) من حديث أنس ﷺ، وقال: غريب.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٤٧).

وَوَجْهُ الفَرْقِ: أَنَّ الشَّهْوَةَ عَلَيْهِنَّ غَالِبَةٌ، وَهُوَ كَالمُتَحَقِّقِ اعْتِبَارًا، فَإِذَا اشْتَهَى الرَّجُلُ كَانَت الشَّهْوَةُ مَوْجُودَةً فِي الجَانِبَيْنِ، وَلَا كَذَلِكَ إِذَا اشْتَهَت المَرْأَةُ؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي جَانِبِهِ حَقِيقَةً وَاعْتِبَارًا فَكَانَتْ مِن جَانِبٍ وَاحِدٍ، وَالمُتَحَقِّقُ مِن الجَانِبَيْنِ فِي الإِفْضَاءِ إِلَى المُحَرَّمِ أَقْوَى مِن المُتَحَقِّقِ فِي جَانِبٍ وَاحِدٍ.

قَالَ: (وَتَنْظُرُ المَرْأَةُ مِن المَرْأَةِ إِلَى مَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِن الرَّجُلِ) لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ، وَانْعِدَامِ الشَّهْوَةِ غَالِبًا. كَمَا فِي نَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، وَكَذَا الضَّرُورَةُ قَدْ تَحَقَّقَتْ إِلَى الِانْكِشَافِ فِيمَا بَيْنَهُنَّ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّ نَظَرَ المَرْأَةِ إِلَى المَرْأَةِ كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى مَحَارِمِهِ، بِخِلَافِ نَظَرِهَا إِلَى الرَّجُلِ؛ لِأَنَّ الرِّجَالَ يَحْتَاجُونَ إِلَى زِيَادَةِ الِانْكِشَافِ لِلاشْتِغَالِ بِالأَعْمَالِ. وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِن أَمَتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ ....

قوله: (غير موجودة في جانبه حقيقة) لأنه غير ناظر إليها (ولا اعتبارًا) أي: غير موجود اعتبارًا؛ لعدم غلبة الشهوة عليه.

قوله: (وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن) أي: في الحمام، وصار كغسلها لها بعد موتها، و[عن](١) بعض الناس: يمنعن عن الدخول في الحمام؛ لأنه ﷺ نهى النساء عن الدخول في الحمامات بمِئزرٍ وغير مِئزرٍ(٢).

قلنا: العرف ظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء، وحاجتهن إلى الدخول فوق حاجة الرجال، على الخصوص في أيام البرد، فإن الرجل يتمكن من الاغتسال في الحياض والأنهار، والمرأة لا، ولأن المقصود من الدخول تحصيل الزينة، والمرأة إليها أحوج. كذا في المبسوط(٣).

قوله: (من أمته التي تحل له) قيد به احترازًا عن أمته المجوسية، والأمة التي هي أخته من الرضاع؛ لأن حكمهما في النظر كأمة الغير؛ لأن إباحة النظر إلى جميع البدن بناء على إباحة الوطء.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) دليله ما أخرجه أحمد (٢/ ٣٢١ رقم ٨٢٥٨) من حديث أبي هريرة ﵁، وأخرجه الترمذي (٤/ ٤١٠ رقم ٢٨٠١) من حديث جابر ﵁ وقال: حديث حسن.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٤٧- ١٤٨).

وَزَوْجَتِهِ إِلَى فَرْجِهَا) وَهَذَا إِطْلَاقٌ فِي النَّظَرِ إِلَى سَائِرِ بَدَنِهَا عَنْ شَهْوَةٍ وَغَيْرِ شَهْوَةٍ. وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «غُضَّ بَصَرَك إِلَّا عَنْ أَمَتِك وَامْرَأَتِك» وَلِأَنَّ مَا فَوْقَ ذَلِكَ مِن المَسِّ وَالغَشَيَانِ مُبَاحٌ، فَالنَّظَرُ أَوْلَى، إِلَّا أَنَّ الأَوْلَى أَنْ لَا يَنْظُرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا إِلَى عَوْرَةِ صَاحِبِهِ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ فَلْيَسْتَتِرْ مَا اسْتَطَاعَ وَلَا يَتَجَرَّدَانِ تَجَرُّدَ العِيرِ» وَلِأَنَّ ذَلِكَ يُورِثُ النِّسْيَانَ لِوُرُودِ الأَثَرِ. وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ رضي الله عنهما يَقُولُ: الأَوْلَى أَنْ يَنْظُرَ لِيَكُونَ أَبْلَغَ فِي تَحْصِيلِ مَعْنَى اللَّذَّةِ.

وعن عائشة رضي الله عنها: «كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناءٍ واحدٍ»[1]، فلو لم يكن النظر مباحًا لما تجرد كل واحد بين يدي صاحبه.

وقال الشافعي في وجه: ستر العورة حال الخلوة واجب كما يجب عن أعين الناس.

(العير) حمار الوحش، وقيد به؛ لأن في الأهلي نوع ستر من الأقتاب والثفر، وفي فضائل الصديق: ما نظر إلى عورته قط، ولا مسها بيمينه، فما ظنك بعورة الغير.

قوله: (لورود الأثر) قال علي رضي الله عنه: من أكثر النظر إلى عورته عوقب بالنسيان.

قوله: (في تحصيل معنى اللذة) وعن أبي يوسف: سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته، وهي تمس فرجه؛ ليتحرك عليها، هل يرى بذلك بأسًا؟ قال: لا، أرجو أن يعظم الأجر. كذا في الذخيرة.

وفي جمع التفاريق: قال أبو بكر الرازي: لا بأس بوطء المنكوحة بمعاينة الأمة دون العكس، ولا بأس بالوطء ومعه قوم نيام إذا ظن أنهم لا يعلمون.

وفي التتمة: كره محمد رحمه الله الجمع بين المرأتين والأمتين في فراش واحد ويطأ إحداهما بمرأى الأخرى، وقال أبو يوسف: لا بأس به، ولو وطئ بهيمة [٢/ ٤٢٣/ب] ذبحت، وقد مر في مسألة وطء البهيمة، قال شمس الأئمة

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ٥٩ رقم ٢٥٠) ومسلم (١/ ٢٥٦ رقم ٣٢١) من حديث عائشة رضي الله عنها.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِن ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إِلَى الوَجْهِ، وَالرَّأْسِ، وَالصَّدْرِ، وَالسَّاقَيْنِ، وَالعَضُدَيْنِ، وَلَا يَنْظُرُ إِلَى ظَهْرِهَا وَبَطْنِهَا وَفَخِذِهَا).

وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الآيَةَ، وَالمُرَادُ ـ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ ـ مَوَاضِعُ الزِّينَةِ وَهِيَ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ

في جامعه: الإحراق على وجه الاستحسان عند أصحابنا، ولم تؤكل؛ لأنه مستخبث عادة أكل لحمها، فصار كاللحم المنتن.

قوله: (ولا ينظر إلى بطنها...) إلى آخره، وكذا لا يجوز مسها، وجعل حالها كحال الجنس في النظر، وعندنا لا يمسها، وبه قال القاضي حسين من أصحابه حيث قال: لا يجوز أن يمس ذات الرحم وإن لم تكن عورة في حقه.

ولنا؛ أن حكم الظهار ثابت بالنص، وهو المنكر من القول وزور؛ لما فيه من تشبيه المحللة بالمحرمة، فإذا كان محرمًا لا يجوز النظر ولا اللمس، وإذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن بالطريق الأولى؛ لأنه أقرب إلى المأتى، وكذا الجنبان. كذا في المبسوط[١].

قوله: (والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ﴾) [النور: ٣١] الآية والمراد موضع الزينة؛ إذ النظر إلى نفس الزينة مباح مطلقًا، وموضع الزينة الرأس؛ لأنه موضع التاج، والشعر؛ لأنه موضع العقاص، والوجه؛ إذ هو موضع الكحل، والعنق والصدر؛ فهما موضعا القلادة، فهي تنتهي إلى الصدر، والأذن؛ فهو موضع القرط، والعضد؛ فهو موضع الدملوج، والساعد؛ فهو موضع السوار، والكف؛ فهو موضع الخاتم، والخضاب والساق؛ فهو موضع الخلخال، والقدم؛ فهو موضع الخضاب، بخلاف الظهر والبطن والفخذ؛ لأنها ليست بموضع الزينة.

ولا يقال: ينبغي أن ينظر إلى ظهرها؛ لأنه موضع القراميل[٢] كما في هذه المواضع.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٤٩).
(٢) قراميل: ما تصل به المرأة شعرها من شعر أو صوف.

السَّاعِدُ وَالأُذُنُ وَالعُنُقُ وَالقَدَمُ؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَوْضِعُ الزِّينَةِ، بِخِلَافِ الظَّهْرِ وَالبَطْنِ وَالفَخِذِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِن مَوَاضِعِ الزِّينَةِ، وَلِأَنَّ البَعْضَ يَدْخُلُ عَلَى البَعْضِ مِن غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَاحْتِشَامٍ، وَالمَرْأَةُ فِي بَيْتِهَا فِي ثِيَابِ مِهْنَتِهَا عَادَةً، فَلَوْ حَرُمَ النَّظَرُ إِلَى هَذِهِ المَوَاضِعِ أَدَّى إِلَى الحَرَجِ، وَكَذَا الرَّغْبَةُ تَقِلُّ لِلْحُرْمَةِ المُؤَبَّدَةِ، فَقَلَّمَا تُشْتَهَى، بِخِلَافِ مَا وَرَاءَهَا، لِأَنَّهَا لَا تَنْكَشِفُ عَادَةً. وَالمَحْرَمُ: مَنْ لَا تَجُوزُ المُنَاكَحَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا عَلَى التَّأْبِيدِ بِنَسَبٍ كَانَ، أَوْ بِسَبَبٍ كَالرَّضَاعِ وَالمُصَاهَرَةِ، لِوُجُودِ المَعْنَيَيْنِ فِيهِ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ المُصَاهَرَةُ بِنِكَاحٍ أَوْ سِفَاحٍ فِي الأَصَحِّ لِمَا بَيَّنَّا. قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا جَازَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِنهَا) لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ فِي المُسَافَرَةِ وَقِلَّةِ

لأنا نقول: القراميل فوق اللباس عادة، ويجوز النظر إلى ثوبها الواقع على بطنها وظهرها للأجنبي فضلًا للمحارم.

قوله: (لِوُجُودِ الْمَعْنَيَيْنِ)؛ الضرورة وقلة الرغبة.

قوله: (في الأصح) قال بعض مشايخنا: إذا كانت حرمة المصاهرة بالزنا لا يحل اللمس والنظر؛ لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة، ولأنه قد ظهرت خيانته مرة فلا يؤتمن ثانيًا، والأصح أنه لا بأس بذلك؛ لما بينا أنه محرمة على التأبيد.

ولا يجوز أن يقال: ثبوت الحرمة بطريق العقوبة؛ لأنا إنما أثبتنا الحرمة قياسًا على النكاح، فلو جعلنا بطريق العقوبة لم تكن تلك الحرمة؛ لأنها ثابتة نعمة بطريق المنة، فلو كانت بطريق العقوبة لكان إثبات الحرمة ابتداء بالرأي، وذا لا يجوز. كذا في المبسوط[(١)].

قوله: (لا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قال القاضي حسين من أصحاب الشافعي: لا يجوز مسها وإن لم يكن عورة في حقه؛ لما فيه من خوف الفتنة، وقد مر.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٥٠).

الشَّهْوَةِ لِلْمَحْرَمِيَّةِ، بِخِلَافِ وَجْهِ الأَجْنَبِيَّةِ وَكَفَّيْهَا، حَيْثُ لَا يُبَاحُ المَسُّ وَإِنْ أُبِيحَ النَّظَرُ؛ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ مُتَكَامِلَةٌ (إِلَّا إِذَا كَانَ يَخَافُ عَلَيْهَا أَوْ عَلَى نَفْسِهِ الشَّهْوَةَ) فَحِينَئِذٍ لَا يَنْظُرُ وَلَا يَمَسُّ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «العَيْنَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا النَّظَرُ، وَاليَدَانِ تَزْنِيَانِ وَزِنَاهُمَا البَطْشُ»، وَحُرْمَةُ الزِّنَا بِذَوَاتِ المَحَارِمِ أَغْلَظُ فَيُجْتَنَبُ.

(وَلَا بَأسَ بِالخَلْوَةِ وَالمُسَافَرَةِ بِهِنَّ)، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُسَافِرِ المَرْأَةُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهَا إِلَّا وَمَعَهَا زَوْجُهَا، أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنهَا» وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلَا لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مِنهَا بِسَبِيلٍ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ» وَالمُرَادُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَحْرَمًا، فَإِنْ احْتَاجَ إِلَى الإِرْكَابِ وَالإِنْزَالِ: فَلَا بَأسَ بِأَنْ يَمَسَّهَا مِن وَرَاءِ ثِيَابِهَا وَيَأْخُذَ ظَهْرَهَا وَبَطْنَهَا ....

ولنا؛ ما روي أنه ﷺ يُقَبِّلُ رأسَ فاطمة ويقول: «**أجِدُ مِنها رِيحَ الجَنّةِ**»[(١)] وكان إذا قدم من سفر بدأ بها فعانقها ويقبل رأسها، وقال ﷺ: «**مَن قبّلَ رِجلَ أُمِّهِ فكأنّما قبّلَ عَتبةَ الجَنَّةِ**»[(٢)].

وعن الحسن بن علي أنه كان يُقبِّلُ رأسَ أُمِّه، وعن محمد بن الحنفية أنه كان يمشط شعر أُمِّهِ، وعن واحد من الصحابة أنه كان يغمز رجل أمه، إلى غير ذلك من الآثار، فدل أن المس يباح. كذا في المبسوط والذخيرة، ولكن فيه نوع تأمل.

قوله: ﷺ: («**فوقَ ثلاثةِ أيّامٍ**»)[(٣)] كلمة (فوق) هاهنا صلة، أو حرمة المسافرة ثابتة في الثلاث أيضًا، فصار كقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١].

قوله: (**وَيَأْخُذَ ظَهْرَهَا وَبَطْنَهَا**)؛ لما روي أن رجلًا جاء إلى النبي ﷺ فقال: إن أمي سيئة الخلق، فغضب رسول الله ﷺ فقال: «**أكانَتْ سيئةَ الخُلُقِ حينَ**

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٢/ ٤٠٠ رقم ١٠٠٠) قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٩/ ٢٠٢ رقم ١٥١٩٧): رواه الطبراني، وفيه أبو قتادة الحَرَّاني، وثَّقه أحمد وقال: كان يتحرى الصدق، وأنكر على من نسبه إلى الكذب، وضعَّفه البخاري وغيره، وقال بعضهم: متروك، وفيه من لم أعرفه أيضا، وقد ذكر هذا الحديث في ترجمته في الميزان.

(٢) بنحوه أخرجه النسائي (٦/ ١١ رقم ٣١٠٤) من حديث معاوية بن جَاهِمَةَ السُّلَمِي، وصحَّحه الحاكم (٢/ ١١٤ رقم ٢٥٠٢) وأقرَّه الذهبي.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

دُونَ مَا تَحْتَهُمَا إِذَا أَمِنَا الشَّهْوَةَ، فَإِنْ خَافَهَا عَلَى نَفْسِهِ، أَوْ عَلَيْهَا تَيَقُّنًا، أَوْ ظَنًّا، أَوْ شَكًّا، فَلْيَجْتَنِبْ ذَلِكَ بِجَهْدِهِ، ثُمَّ إِنْ أَمْكَنَهَا الرُّكُوبَ بِنَفْسِهَا يَمْتَنِعُ عَنْ ذَلِكَ أَصْلًا، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهَا يَتَكَلَّفُ بِالثِّيَابِ كَيْ لَا تُصِيبَهُ حَرَارَةُ عُضْوِهَا، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ الثِّيَابَ يَدْفَعُ الشَّهْوَةَ عَنْ قَلْبِهِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

قَالَ: (وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِن مَمْلُوكَةِ غَيْرِهِ إِلَى مَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ مِن ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ) لِأَنَّهَا تَخْرُجُ لِحَوَائِجِ مَوْلَاهَا، وَتَخْدُمُ أَضْيَافَهُ، وَهِيَ فِي ثِيَابِ مِهْنَتِهَا، فَصَارَ حَالُهَا خَارِجَ البَيْتِ فِي حَقِّ الأَجَانِبِ كَحَالِ المَرْأَةِ دَاخِلَهُ فِي حَقِّ مَحَارِمِهِ الأَقَارِبِ. وَكَانَ عُمَرُ ﷺ إِذَا رَأَى جَارِيَةً مُتَقَنِّعَةً عَلَاهَا بِالدُّرَّةِ وَقَالَ: أَلْقِي عَنْك الخِمَارَ يَا دَفَارُ أَتَتَشَبَّهِينَ بِالحَرَائِرِ، وَلَا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَى بَطْنِهَا وَظَهْرِهَا، خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ مُحَمَّدُ بْنُ مُقَاتِلٍ: ....

حَمَلَتْكَ وحينَ أرضَعَتْكَ حَولينِ؟» إلى أن قال الرجل: أرأيت إن حملتها على عاتقي وحجَجْتُ بها، أكنت قاضيها حقَّها؟ فقال رسول الله ﷺ: «**ولَا طَلْقَةً**»(١)، ولِأنّ بسبب الستر ينعدم معنى العورة، وبالمحرمية ينعدم معنى الشهوة، فلا بأس أن يمسها في الإركاب والإنزال كما في حق الجنس. كذا في المبسوط(٢).

قوله: (**دون ما تحتهما**)؛ أي: تحت الظهر والبطن، وهو تحت السرة إلى الركبة، حيث لا يجوز مسه فوق الثياب؛ لأن الإباحة للضرورة، والضرورة ترتفع بمس الظهر والبطن، ولأن ما تحت السرة عورة في حق جميع الناس، بخلاف الظهر والبطن فإنهما ليسا بعورة في حق النساء، والضرورة ترتفع بالأدنى، فلا تثبت الإباحة في أعلى الحرمتين. كذا في الذخيرة.

قوله: (**عَلَاهَا بِالدُّرَّةِ**) أي: ضرب علاوتها، يعني رأسها.

قوله: (**خلافًا لما يقوله محمد بن مقاتل**) الرازي، حيث قال: ينظر إليهما إلا ما تحت السرة، وبه قال الشافعي [٢/ ٤٢٤/أ] في ظاهر مذهبه، كالرجل؛

---

(١) بنحوه أخرجه الطبراني في الصغير (١/ ١٦٣ رقم ٢٥٥) قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٨/ ١٣٧ رقم ١٣٣٩٤): فيه الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف من غير كذب، وليث بن أبي سُلَيم مدلس.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٥٠- ١٥١).

أَنَّهُ يُبَاحُ إِلَّا إِلَى مَا دُونَ السُّرَّةِ إِلَى الرُّكْبَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ كَمَا فِي المَحَارِمِ، بَلْ أَوْلَى، لِقِلَّةِ الشَّهْوَةِ فِيهِنَّ وَكَمَالِهَا فِي الإِمَاءِ. وَلَفْظَةُ «المَمْلُوكَةِ» تَنْتَظِمُ المُدَبَّرَةَ، وَالمُكَاتَبَةَ، وَأُمَّ الوَلَدِ، لِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ، وَالمُسْتَسْعَاةُ كَالمُكَاتَبَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا عُرِفَ، وَأَمَّا الخَلْوَةُ بِهَا وَالمُسَافَرَةُ مَعَهَا: فَقَدْ قِيلَ: يُبَاحُ كَمَا فِي المَحَارِمِ، وَقَدْ قِيلَ: لَا يُبَاحُ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ فِيهِنَّ، ....

لما روي عن ابن عباس أنه قال في حديث طويل: ومن أراد أن يشتري جارية فلينظر إليها إلا موضع المئزر، ولتعامل أهل الحرمين.

وقلنا: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ﴾ [الأحزاب:٢٨] الآية لما نزلت أمرن الحرائر بفضل ستر يتميزن به عن الإماء؛ لأن الآية نزلت في حق الحرائر، فإن المنافقين يتعرضون الحرائر، والتمييز إنما يحصل إذا حل للأمة كشف مواضع الزينة سوى الوجه واليدين، ولا يباح للحرة ذلك، فدلت الآية على إباحة مواضع الزينة الباطنة في حق الإماء للأجانب، ولأنهما محل الشهوة، والإباحة للضرورة، ولا ضرورة في الظهر والبطن، كما في حق المحارم، وكمال الشهوة في الإماء على ما عرف أن عنده الإعتاق منجز، وعندهما لا، فتكون حرة عندهما، وبه قال الشافعي.

وعن الحسن البصري؛ أنه يوجب على الأمة الخمار إذا تزوجت أو أخذها السيد لنفسه، وروي: إذا ولدت.

وعن ابن سيرين؛ أن أم الولد تُصلِّي متقنعة، وبه قال أحمد، ويحكى عن مالك ولا خلاف لأحد في المدبرة.

قوله: (الضرورة فيهن) أي: الضرورة التي لا مدفع لها، فقال: لا بأس بمس ما لا يحل النظر إليه إذا اضطر إليه.

وفي المبسوط(١): قال بعض مشايخنا: للأجنبي أن يعالجها(٢) في الإركاب والإنزال؛ لأن معنى العورة، ولئن عدم بالستر، فمعنى الشهوة باقٍ، والأصح أنه

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٥٠- ١٥١).
(٢) في الأصل: (يولجها) والمثبت من النسخة الثانية.

وَفِي الإِرْكَابِ وَالإِنْزَالِ اعْتَبَرَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ الضَّرُورَةَ فِيهِنَّ وَفِي ذَوَاتِ المَحَارِمِ مُجَرَّدَ الحَاجَةِ. قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِأَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ إِذَا أَرَادَ الشِّرَاءَ، وَإِنْ خَافَ أَنْ يَشْتَهِيَ) كَذَا ذَكَرَهُ فِي المُخْتَصَرِ، وَأَطْلَقَ أَيْضًا فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ يُفَصِّلْ. قَالَ مَشَايِخُنَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: يُبَاحُ النَّظَرُ فِي هَذِهِ الحَالَةِ، وَإِن اشْتَهَى لِلضَّرُورَةِ، وَلَا يُبَاحُ المَسُّ إِذَا اشْتَهَى، أَوْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ اسْتِمْتَاعٍ، وَفِي غَيْرِ حَالَةِ الشِّرَاءِ يُبَاحُ النَّظَرُ وَالمَسُّ بِشَرْطِ عَدَمِ الشَّهْوَةِ. قَالَ: (وَإِذَا حَاضَتْ الأَمَةُ، لَمْ تُعْرَضْ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ) وَمَعْنَاهُ بَلَغَتْ، وَهَذَا مُوَافِقٌ لِمَا بَيَّنَّا. أَنَّ الظَّهْرَ وَالبَطْنَ مِنهَا عَوْرَةٌ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ تُشْتَهَى وَيُجَامَعُ مِثْلُهَا فَهِيَ كَالبَالِغَةِ لَا تُعْرَضُ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ لِوُجُودِ الِاشْتِهَاءِ. قَالَ: (وَالخَصِيُّ فِي النَّظَرِ إِلَى الأَجْنَبِيَّةِ كَالفَحْلِ) لِقَوْلِ عَائِشَةَ ﵂: الخِصَاءُ مُثْلَةٌ، فَلَا يُبِيحُ مَا كَانَ حَرَامًا قَبْلَهُ، وَلِأَنَّهُ فَحلٌ يُجَامِعُ وَكَذَا المَجْبُوبُ؛ لِأَنَّهُ يُسَاحِقُ وَيُنْزِلُ، ....

لا بأس بذلك إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها؛ لأن المولى قد يبعثها في حاجته من بلدة إلى بلدة ولا تجد محرمًا لتسافر معه، وهي تحتاج إلى من يركبها وينزلها، ألا ترى أن أمة المرأة تغمز رجل زوجها وتخلو به، ولا يمتنع أحد من ذلك.

قوله: (والخصاء مُثْلَة) يقال: خصاه: إذا نزع خصيتيه، خصاء، على فعال، والإخصاء في معناه خطأ، وأما الخَصْي فقياس وإن لم نسمعه. كذا في المغرب[١].

وفي الإيضاح: وروي عن عائشة ﵂ أنها سئلت عن الخصيّ، فقالت: إنه رجل مُثِّلَ به، المثلة لا تحل ما يحرم على غيره، ولأن الخصي في الأحكام مثل الشهادات والمواريث كالفحل، وقطع الآلة كقطع عضو آخر، ومعنى الفتنة لا يفوت، والخصي قد يجامع، وقيل: أشد الجماع جماع الخصي؛ لأن آلته لا تفتر.

(وكذا المجبوب؛ لأنه يساحق وينزل) فإن كان مجبوبًا جف ماؤه، وقد

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ١٤٧).

وَكَذَا الْمُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِن الأَفْعَالِ؛ لِأَنَّهُ فَحْلٌ فَاسِقٌ. وَالحَاصِلُ: أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِيه

رخص بعض مشايخنا الاختلاط بالنساء لوقوع الأمن من الفتنة، وقد قال الله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١] فقيل: هو المجبوب الذي جف ماؤه، والأصح أنه لا يحل له ذلك؛ لعموم النصوص.

﴿وكذا المخنث في الرديء من الأفعال﴾ أي: الذي يمَكِّنُ غيره من نفسه؛ لأنه فحل فاسق، أما المخنث الذي في أعضائه لين، وفي لسانه تكسر، ولا يشتهي النساء، ولا يكون مخنثًا في الرديء من الأفعال، فقد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء، وهو أحد تأويل قوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ﴾ الآية [النور: ٣١].

وقيل: المراد به الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء، إنما همه بطنه، والأصح أنه من المتشابه، ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] محكم، فنأخذ بالمحكم ونقول: كل من كان من الرجال فلا يحل لها أن تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه، ولا يحل النظر إليها إلا أن يكون طفلًا صغير الجسد؛ لأنه مستثنى بالنص، قال الله تعالى: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النور: ٣١] لا يعرفون ما العورة، ولا يميزون بينها وبين غيرها، أو لم يظهروا: لم يبلغوا، أو لم يقدروا على الوطء، من ظهر على فلان: إذا قوي عليه، وظهر على القرآن؛ إذا حفظه وأطاقه. كذا في الذخيرة والكافي والفوائد الشاهية.

وروي أنه كان في بيت أم سلمة مخنث، فلما حاصر رسول الله ﷺ الطائف، قال لعمر بن أم سلمة: إذا فتح الله علينا الطائف دللتك على ابنة غيلَان، تُقبِلُ بأربعٍ وتُدْبِرُ بثمانٍ، فقال ﷺ: «**أَوَهَذا يَعْرِفُ هذا! لا يَدْخُلْ عَلَيْكُنَّ**»(١) كذا في الإيضاح.

ومعنى قوله: تقبل بأربع وتدبر بثمان، المراد منه عكن البطن، العَكَنُ:

---

(١) بنحوه أخرجه البخاري (٥/ ١٥٦ رقم ٢٣٦٣) ومسلم (٤/ ١٧١٦ رقم ٢١٨١) من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

بِمُحْكَمِ كِتَابِ اللَّهِ المُنَزَّلِ فِيهِ، وَالطِّفْلُ الصَّغِيرُ مُسْتَثْنًى بِالنَّصِّ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلْمَمْلُوكِ أَنْ يَنْظُرَ مِن سَيِّدَتِهِ إِلَّا مَا يَجُوزُ لِلْأَجْنَبِيِّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنهَا). وَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ كَالمَحْرَمِ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] وَلِأَنَّ الحَاجَةَ مُتَحَقِّقَةٌ لِدُخُولِهِ عَلَيْهَا مِن غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ .

وَلَنَا: أَنَّهُ فَحْلٌ غَيْرُ مَحْرَمٍ وَلَا زَوْجٍ، وَالشَّهْوَةُ مُتَحَقِّقَةٌ لِجَوَازِ النِّكَاحِ فِي الجُمْلَةِ وَالحَاجَةُ قَاصِرَةٌ؛ لِأَنَّهُ يَعْمَلُ خَارِجَ البَيْتِ.

وَالمُرَادُ بِالنَّصِّ الإِمَاءُ، قَالَ سَعِيدٌ وَالحَسَنُ وَغَيْرُهُمَا: لَا تَغُرَّنَّكُمْ سُورَةُ النُّورِ،

جمع العكنة، وهي الطي الذي يكون في البطن من السِّمَن، أي: هي أربع إذا أقبلت، وثمان إذا أدبرت؛ لأن لكل عكنة طرفين إلى جنبيها.

(قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾) [النور:٣١] هي الإماء دون الغلمان؛ لأنهن دخلن في قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]؛ لأنه لا يشكل أن للأمة أن تنظر إلى سيدها كالأجنبيات، ولأن بينهما شيئًا محرمًا للنكاح، فكان كالمحرم، وإباحة النظر ثمة لِحاجَةِ [٢/ ٤٢٤/ب] الدخول من غير استئذان واحتشام، وهذا متحقق بين العبد وسيدته.

ولنا: أنه ليس بينهما زوجية ومحرمية، وحرمة المناكحة على شرف الزوال، فكانت في حقه كمنكوحة الغير، وهذا لأن الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة، وأما الملك فلا يقلل الشهوة، بل يحملها على رفع الاحتشام، والبلوى غير متحقق؛ لأن العبد للاستخدام خارج البيت لا داخله، وقد قيل: من اتخذ عبدًا للخدمة داخل البيت فهو كَشْحان.

قوله: (والمراد بالنص) وهو قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُنَّ﴾ **(الإماء)** دون الغلمان، **(قال سعيد والحسن: لا تغرنكم سورة النور)** وأطلق سعيدًا ليتناول سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، فإنها في الإماء دون الغلمان، فكان

فَإِنَّهَا فِي الإِنَاثِ دُونَ الذُّكُورِ. قَالَ: (وَيَعْزِلُ عَنْ أَمَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَلَا يَعْزِلُ عَنْ زَوْجَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهَا) «لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ العَزْلِ عَنِ الحُرَّةِ إِلَّا بِإِذْنِهَا، وَقَالَ لِمَوْلَى أَمَةٍ: اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ»، وَلِأَنَّ الوَطْءَ حَقُّ الحُرَّةِ قَضَاءً لِلشَّهْوَةِ وَتَحْصِيلًا لِلْوَلَدِ، وَلِهَذَا تُخَيَّرُ فِي الجَبِّ وَالعِنَّةِ، وَلَا حَقَّ لِلْأَمَةِ فِي الوَطْءِ، فَلِهَذَا لَا يُنْقَصُ حَقُّ الحُرَّةِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَيَسْتَبِدُّ بِهِ المَوْلَى وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ أَمَةُ غَيْرِهِ ....

الغلمان مخاطبين بقوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] الآية.

فإن قيل: لا يصح أن يكون المراد بقوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] الإماء؛ لوجهين: أحدهما: أن إباحة نظر الإماء إلى سيدتهن استفيدت من قوله تعالى في تلك الآية ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] فلو حملت هذه الآية على الإماء يلزم التكرار.

والثاني: أن الإماء لم تكن مرادة من قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] وجب ألا يكون مراده من قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ﴾ [النور: ٣١] أيضًا؛ لأن البيان بالحكم إنما يكون في موضع الإشكال، ولا يشكل لأحد أن للأمة أن تنظر إلى مولاتها كما للأجنبيات، والملك إن لم يزد توسعة ينبغي ألا يزيد تضييقًا، والمروي عن أم سلمة موافق له، فإن لها مكاتبًا، فلما انتهى إلى آخر النجوم قالت له: أتقدر على الأداء؟ فقال: نعم، فاحتجبت منه، قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إذا كانَ لإحداكُنَّ مُكاتَبٌ فأدَّى آخِرَ النّجومِ؛ فَلْتَحْتَجِبْ مِنهُ**»(١).

ولنا دعوى التكرار غير مسلَّم، فإن المراد من قوله: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الحرائر المسلمات؛ لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشركة أو كتابية، وكذا عن ابن عباس، فالظاهر أنه عنى بنسائهن: من في صحبتهن من الحرائر، والنساء كلهن في حل ينظر بعضهن إلى بعض سواء.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢١ رقم ٣٩٢٨) والترمذي (٢/ ٥٥٣رقم ١٢٦١) وابن ماجه (٢/ ٨٤٢رقم ٢٥٢٠) من حديث أم سلمة ﵂ قال الترمذي: حسن صحيح.

فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي النِّكَاحِ.

فَصْلٌ فِي الِاسْتِبْرَاءِ وَغَيْرِهِ

وعن الثاني أن الموضع موضع إشكال؛ لأن حالة الأمة تفرق حالة الرجل حتى يسافر بغير محرم، فأشكل أنه هل يباح لها التكشف بين يدي أمتها؟ ولم يزل هذا الإشكال بقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء، وحديث أم سلمة محمول على الاحتجاب؛ لمعنى زوال الحاجة.

فإن قيل: ذلك يحتاج إلى الأخذ والإعطاء في المعاملة معه، فتبدي وجهها وكفها له، وقد زال ذلك بالأداء واحتجبت منه، هذا كله مما أشار إليه في المبسوط(١) والكشاف.

وفي التيسير: وقول سمرة بن جندب كقول السعيدين.

وفي المجتبى: اختلف في غمز الرجل فخذ الرجل فوق الإزار، قيل: يجوز إذا كان الإزار كثيفًا، وبه أخذ الحلواني والاحتياط تركه، ومس ما تحت الإزار على ما اعتاده الجهلة حرام في الحمام، ولو نظر إلى عورة غيره وهي غير بادية لم يأثم.

قوله: (فقد ذكرناه في النكاح) أي: في مسألة: (وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل) إلى آخره، وقد بينا هنا الاختلاف، واختيار الفتوى فلا نعيده.

فَصْلٌ فِي الِاسْتِبْرَاءِ وَغَيْرِهِ

أَخَّر الاستبراء؛ لأنه احتراز عن وطء مقيد، فالمقيد بمنزلة المركب، والمركب مؤخر عن المفرد.

ففي فتاوى قاضي خان: اختلف فيمن أنكر وجوب الاستبراء: هل يَكفُرُ؟ قيل: يَكفُرُ؛ لأنه أنكر إجماع المسلمين، وقال عامة المشايخ: لا يكفُرُ؛ لأنه ظاهر قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُهُنَّ﴾ [النساء:٣] يقتضي إباحة الوطء مطلقًا،

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٥٨).

قَالَ: (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَإِنَّهُ لَا يَقْرَبُهَا وَلَا يَلْمَسُهَا وَلَا يُقَبِّلُهَا وَلَا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي سَبَايَا أَوْطَاسٍ «أَلَا لَا تُوطَأُ الحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَلَا الحَيَالَى حَتَّى يُسْتَبْرَأْنَ بِحَيْضَةٍ» أَفَادَ وُجُوبَ الِاسْتِبْرَاءِ عَلَى المَوْلَى، وَدَلَّ عَلَى السَّبَبِ فِي المَسْبِيَّةِ، وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَاليَدِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المَوْجُودُ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الحِكْمَةَ فِيهِ التَّعَرُّفُ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ صِيَانَةً لِلْمِيَاهِ المُحْتَرَمَةِ عَنِ الِاخْتِلَاطِ وَالأَنْسَابِ عَنِ الِاشْتِبَاهِ، وَذَلِكَ عِنْدَ حَقِيقَةِ الشُّغْلِ أَوْ تَوَهُّمِ الشُّغْلِ بِمَاءٍ مُحْتَرَمٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ ثَابِتَ النَّسَبِ، وَيَجِبُ عَلَى المُشْتَرِي لَا عَلَى البَائِعِ؛ لِأَنَّ العِلَّةَ الحَقِيقِيَّةَ إِرَادَةُ

وعرف وجوب الاستبراء بالخبر، فلا يكفر جاحده.

واللمس: من [حَدِّ نَصَرَ][1] وضَرَبَ.

وأوطاس: موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة النبي ﷺ.

الحَبالَى: جمع الحُبلَى، والحَيالَى: جمع الحائل، وهي التي لا حمل لها، وقيل: إنما قال الحيالى؛ ليزاوج الحبالى، والقياس أن يقال: الحوائل؛ لأنها جمع حائل، ونظيره الغدايا والعشايا، والقياس الغدوات.

وفي قوله: (حتى يستبري) القياس بالهمز. كذا في المغرب[2].

قوله: (ودل) أي: الحديث، معنى الحديث، وإن ورد في المسبية، لكن السبب حدوث الملك، أي: سبب وجوب الاستبراء في المسبية حدوث الملك واليد.

قوله: (لأن الحكم[3] فيه) أي: في وجوب الاستبراء **(التّعرّف عن براءة الرحم)** ولا يمكن الوقوف على حقيقته، فتعلق الحكم بالسبب الظاهر، وهو حدوث الملك الحل بسبب ملك الرقبة، كما في المسبية، فيدار الحكم عليه تيسيرًا.

قوله: (ويجب على المشتري لا على البائع) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

---

(١) بياض بالأصل مقدار كلمتين، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٣٨). (٣) في المتن: الحكمة.

الوَطْءِ، وَالمُشْتَرِي هُوَ الَّذِي يُرِيدُهُ دُونَ البَائِعِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ الإِرَادَةَ أَمْرٌ مُبْطَنٌ فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَى دَلِيلِهَا، وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِن الوَطْءِ، وَالتَّمَكُّنُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالمِلْكِ وَاليَدِ، فَانْتَصَبَ سَبَبًا وَأُدِيرَ الحُكْمُ عَلَيْهِ تَيْسِيرًا، فَكَانَ السَّبَبُ اسْتِحْدَاثَ مِلْكِ الرَّقَبَةِ المُؤَكَّدِ بِاليَدِ وَتَعَدِّي الحُكْمِ إِلَى سَائِرِ أَسْبَابِ المِلْكِ كَالشِّرَاءِ وَالهِبَةِ وَالوَصِيَّةِ وَالمِيرَاثِ وَالخُلْعِ وَالكِتَابَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ. وَكَذَا يَجِبُ عَلَى المُشْتَرِي مِن مَالِ الصَّبِيِّ، وَمِن المَرْأَةِ وَالمَمْلُوكِ، وَمِمَّنْ لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ المُشْتَرَاةُ ....

وقال النخعي والثوري والحسن [٢/ ٤٢٥/أ] البصري وابن سيرين: يجب على البائع والمشتري.

وقال البتي: يجب على البائع دون المشتري؛ لأن الصيانة كما تجب على المشتري تجب على البائع، وقال البتي: هذا صيانة عن ماء البائع فيجب عليه.

وقلنا: العلة الحقيقية إرادة الوطء، فإنه إذا أراد الوطء وذا لا يحل إلا في محل فارغ؛ كيلا يصير ساقيًا ماءه زرع غيره، **(والمشتري هو الذي...)** إلى آخره.

قوله: (والكتابة) بأن كاتب عبده على جارية **(وغير ذلك)** كالدفع بالجناية.

قوله: (صبي) أي: المشتري من مال الصبي، بأن باعها أبوه.

(والمملوك) أي: المشتراة من عبد مأذون له في التجارة، مديون بدين يحيط بكسبه.

وفي المبسوط[١]: لو اشترى من عبده المأذون لا استبراء عليه إن كانت قد حاضت بعدما استبرأها ولا دين عليه؛ لأن المولى ملك رقبتها من وقت الشراء، فتكفي تلك الحيضة، كما في يد الوكيل.

وإن كان على العبد دين محيط برقبته وكسبه فكذلك الجواب عندهما؛ لأن دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه، وهو قول الأئمة الثلاثة، وقد مر.

وعند أبي حنيفة: يستبرئها استحسانًا، وفي القياس لا؛ لأن المولى أحق بها حتى يملكُ استخلاصها بنفسه بعقد الدين من موضع آخر، فيجتزئ بتلك

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٥٠- ١٥١).

بِكْرًا لَمْ تُوطَأْ، لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَإِدَارَةِ الأَحْكَامِ عَلَى الأَسْبَابِ دُونَ الحُكْمِ لِبُطُونِهَا فَيُعْتَبَرُ تَحَقُّقُ السَّبَبِ عِنْدَ تَوَهُّمِ الشُّغْلِ. وَكَذَا لَا يُجْتَزَأُ بِالحَيْضَةِ الَّتِي اشْتَرَاهَا فِي أَثْنَائِهَا وَلَا بِالحَيْضَةِ الَّتِي حَاضَتْهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ مِن أَسْبَابِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ، وَلَا بِالوِلَادَةِ الحَاصِلَةِ بَعْدَهَا قَبْلَ القَبْضِ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ

الحيضة، والعبد لا يثبت له الحل ولا للغرماء.

وفي الاستحسان يجب استبراؤها؛ لأن المولى قبل الشراء لا يملك رقبتها عنده حتى إذا أعتقها لا ينفذ عتقه عنده، وإنما حدث له ملك الحل بسبب ملك [الرقبة][(١)]، وممن لا يحل له وطؤها، بأن كانت أخت رضاع للبائع، أو ورثها من أبيه، وأبوه استمتع بها.

قوله: (بكرًا لم توطأ) وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: إن كانت ممن يوطأ مثلها لزمه الاستبراء، وإن كانت ممن لا يوطأ مثلها لا يجب الاستبراء. وقال داود: إن كانت بكرًا لا يجب؛ لعدم توهم الشغل.

وعن أبي يوسف فيما إذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع لا يجب الاستبراء؛ لأنه لتبين فراغ الرحم، وهو حاصل، كما في المطلقة قبل الدخول لا تجب العدة لهذا.

وقلنا: إن هذه حكمة الاستبراء، والحكم يتعلق بالعلة لا بالحكمة؛ **(لبطونها)**؛ تيسيرًا للأمر على الناس.

فإن قيل: لا بد من توهم الشغل.

قلنا: توهم الشغل ثابت؛ إذ المعتبر التوهم، سواء كان من المالك أو غيره وكذا في البكر التوهم ثابت؛ لأن الشغل يتصور بدون زوال العذرة.

قوله: (خلافًا لأبي يوسف) فإن عنده يجتزئ بها، وبه قال الشافعي في وجه؛ لأن تبين فراغ رحمها يحصل بتلك الحيضة كما لو لم توجد الحيضة في يد المشتري أو في يد الوكيل.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

السَّبَبَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَاليَدِ، وَالحُكْمُ لَا يَسْبِقُ السَّبَبَ، وَكَذَا لَا يُجْتَزَأُ بِالحَاصِلِ قَبْلَ الإِجَازَةِ فِي بَيْعِ الفُضُولِيِّ وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي، وَلَا بِالحَاصِلِ بَعْدَ القَبْضِ فِي الشِّرَاءِ الفَاسِدِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهَا شِرَاءً صَحِيحًا لِمَا قُلْنَا.

(وَيَجِبُ فِي جَارِيَةٍ لِلْمُشْتَرِي فِيهَا شِقْصٌ فَاشْتَرَى البَاقِيَ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ قَدْ تَمَّ الآنَ، وَالحُكْمُ يُضَافُ إِلَى تَمَامِ العِلَّةِ، وَيُجْتَزَأُ بِالحَيْضَةِ الَّتِي حَاضَتْهَا بَعْدَ القَبْضِ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَوْ مُكَاتَبَةٌ، بِأَنْ كَاتَبَهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ المَجُوسِيَّةُ أَوْ عَجَزَتْ المُكَاتَبَةُ لِوُجُودِهَا بَعْدَ السَّبَبِ، وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ وَاليَدِ، إِذْ هُوَ مُقْتَضٍ لِلْحِلِّ وَالحُرْمَةِ لِمَانِعٍ كَمَا فِي حَالَةِ الحَيْضِ (وَلَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ إِذَا رَجَعَتِ الآبِقَةُ أَوْ رُدَّتِ المَغْصُوبَةُ أَوْ المُؤَاجَرَةُ أَوْ فُكَّتِ المَرْهُونَةُ) لِانْعِدَامِ السَّبَبِ، وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ

وقلنا: إنها وجدت قبل علته؛ إذ هي تحصل بالملك، ولا تعتبر قبلهما، كما لو حاضت قبل الشراء، والحيضة الكاملة تجب عليه بالنص، فلا يجتزئ ببعضها، كما لو طلق امرأته في حالة الحيض، بخلاف ما في يد الوكيل؛ لأنها بعد تمام العلة.

قوله: (لما قلنا) إشارة إلى **قوله**: (إن السبب استحداث الملك واليد).

قوله: (لأن السبب قد تم الآن) [لأن][1] حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة، وذا بملك جميع رقبته؛ إذ بملك بعض الرقبة ممن له بعض العلة وثبوت الحكم عند كمال العلة.

قوله: (والحرمة لمانع) وهو التَّمَجُّس أو الكتابة، وذا لا يمنع الاعتداد بالاستبراء، كما لو اشترى أمة مُحْرِمة، فحاضت في حال إحرامها.

قوله: (إذا رجعت الآبقة).

وفي فتاوى قاضي خان: هذا إذا أبقت ولم تخرج من دار الإسلام، فلو دخلت دار الحرب ثم خرجت بغنيمة أو شراء وأخذها المولى؛ لا يجب الاستبراء عند أبي حنيفة، وعندهما يجب، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالْيَدِ، وَهُوَ سَبَبٌ مُتَعَيِّنٌ، فَأُدِيرَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ وُجُودًا وَعَدَمًا، وَلَهَا نَظَائِرُ كَثِيرَةٌ كَتَبْنَاهَا فِي «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي». وَإِذَا ثَبَتَ وُجُوبُ الِاسْتِبْرَاءِ وَحُرْمَةُ الْوَطْءِ حَرُمَ الدَّوَاعِي لِإِفْضَائِهَا إِلَيْهِ. أَوْ لِاحْتِمَالِ وُقُوعِهَا فِي غَيْرِ الْمِلْكِ عَلَى اعْتِبَارِ ظُهُورِ الْحَبَلِ وَدَعْوَةِ الْبَائِعِ. بِخِلَافِ الْحَائِضِ، حَيْثُ لَا تَحْرُمُ الدَّوَاعِي فِيهَا، لِأَنَّهُ لَا يُحْتَمَلُ الْوُقُوعُ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ، وَلِأَنَّهُ زَمَانُ نَفْرَةٍ، ....

قوله: (**ولها نظائر**) منها إذا زنت أمته فلا استبراء عليه، خلافًا لزفر؛ لعدم سببه، وهو استحداث الملك واليد، ولا يقال: هذا استدلال بعدم الحكم لعدم العلة، وهو فاسد؛ لأن السبب متعين، فيدار الحكم عليه وجودًا وعدمًا، وصار كتعليل محمد في ولد المغصوب لم يضمن؛ لأنه لم يغصب.

ومنها لو كاتب أمته ثم عجزت وردت في الرق لا يلزمه الاستبراء، وعند الأئمة الثلاثة يجب.

وكذا لو باعها بالخيار إلى ثلاثة أيام وسلمها إلى المشتري، ثم أبطل البيع في المدة لا يلزمه الاستبراء.

وكذا لو باع أم الولد والمدبرة وسلم إلى المشتري، ثم استردها من المشتري [٢/ ٤٢٥/ب] قبل وطء المشتري لا يلزمه الاستبراء، وبعد وطئه يلزمه.

وكذا لو قال بالبيع قبل قبضها، فعلى البائع الاستبراء قياسًا، وهو قول أبي حنيفة أولًا، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وفيما إذا باعها من امرأة أو خصي؛ لأنها زالت عن ملكه، والآن ملكها ثم رجع وقال: لا يجب، وهو قولهما؛ لأن الإقالة فسخ من الأصل قبل القبض، فصار كأن البيع لم يكن، ولو حاضت عند المشتري، ثم ردها بالعيب لم يقربها البائع حتى تحيض، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (**حَرُمَ الدواعي**) وبه قال الشافعي في وجه لا يحرم، وبه قال أكثر الفقهاء؛ لأن النص ورد في الوطء، وهو معلول بخوف الخلط بماء غيره، وسقي زرع غيره بمائه، وذلك معدوم في الدواعي، فلم يتعد التحريم إليه، ولأن الدواعي لا تحرم في المسبية، وهي النصوص والأصل وهذا فرعه، فاستحال أن يخالف الفرع الأصل.

فَالإِطْلَاقُ فِي الدَّوَاعِي لَا يُفْضِي إِلَى الوَطْءِ وَالرَّغْبَةُ فِي المُشْتَرَاةِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَصْدَقُ الرَّغَبَاتِ فَتُفْضِي إِلَيْهِ، وَلَمْ يَذْكُرْ الدَّوَاعِيَ فِي المَسْبِيَّةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ؛ لِأَنَّهَا لَا يُحْتَمَلُ وُقُوعُهَا فِي غَيْرِ المِلْكِ، لِأَنَّهُ لَوْ ظَهَرَ بِهَا حَبَلٌ لَا تَصِحُّ دَعْوَةُ الحَرْبِيِّ، بِخِلَافِ المُشْتَرَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

(وَالِاسْتِبْرَاءُ فِي الحَامِلِ بِوَضْعِ الحَمْلِ) لِمَا رَوَيْنَا (وَفِي ذَوَاتِ الأَشْهُرِ

ولنا؛ أن الدواعي في معنى الوطء فوجبت إلحاقها به، كما في الظهار، وهذا لأن الوطء حرام؛ لاحتمال وقوعه في غير الملك، بأن تكون حبلت من المالك الأول فتصير أم ولد بدعواه، والبيع باطل، فيصير ساقيًا زرع غيره؛ لأنه تبين أنه وطئ أم ولد غيره.

وهذا المعنى في الدواعي موجود؛ لأنها إن كانت حاملًا من المالك فادعى الولد فصارت أم ولده، فيظهر أن الدواعي حصلت[1] في ملك غيره، وذلك بخلاف الحائض، حيث لا تحرم الدواعي؛ لعدم احتمال وقوعها في الملك، ولأن الدواعي في الحائض لا تفضي إلى الوطء المحرم كما ذكر في المتن، ولا نص في المسبية.

وعن محمد أنها لا تحتمل الوقوع في غير الملك؛ لأنه لو ظهر بها حبل لم تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة، والفرع لا يخالف الأصل؛ لأن ما هو ثابت في الأصل يثبت بشيء آخر في الفرع بدليل، ولا يوجد ذلك الدليل في الأصل.

قوله: (لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**ولَا الحَبالَى حتّى يَضَعْنَ**»[2] وعند الشافعي إن كانت حاملًا تحيض استبرأها بقرء، وفي القرء قولان عنده: في قول: ثلاث حيض، وهو الأصح، وفي قول: ثلاثة أطهار، والأصل عنده أن الحامل تحيض، والعجب من الشافعي أنه خالف النص الصريح.

---

(١) في الأصل: (حبلت) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) تقدم تخريجه قريبا.

بِالشَّهْرِ)؛ لِأَنَّهُ أُقِيمَ فِي حَقِّهِنَّ مَقَامَ الحَيْضِ كَمَا فِي المُعْتَدَّةِ، وَإِذَا حَاضَتْ فِي أَثْنَائِهِ بَطَلَ الِاسْتِبْرَاءُ بِالأَيَّامِ لِلْقُدْرَةِ عَلَى الأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ المَقْصُودِ بِالبَدَلِ، كَمَا فِي المُعْتَدَّةِ. فَإِنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا تَرَكَهَا، حَتَّى إِذَا تَبَيَّنَ أَنْ لَيْسَتْ بِحَامِلٍ وَقَعَ عَلَيْهَا وَلَيْسَ فِيهِ تَقْدِيرٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَقِيلَ: يَتَبَيَّنُ بِشَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشَرَةُ أَيَّامٍ، وَعَنْهُ: شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ، اعْتِبَارًا بِعِدَّةِ الحُرَّةِ وَالأَمَةِ فِي الوَفَاةِ. وَعَنْ زُفَرَ: سَنَتَانِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ(*).

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِالِاحْتِيَالِ لِإِسْقَاطِ الِاسْتِبْرَاءِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ)(**) وَقَدْ ذَكَرْنَا الوَجْهَيْنِ فِي الشُّفْعَةِ ....

(بالشهر) أي: بشهر واحد، وبه قال الشافعي في قول، وقال في آخر: بثلاثة أشهر، وإذا حاضت في أثنائه أي أثناء الشهر.

قوله: (**فإن ارتفع حيضها**) أي: ارتفع حيضها لا بالإياس ولا بالصغر، بأن صارت ممتدة الطهر في أوان الحيض (**تركها**) أي: لا يطأها (**حتى إذا تبين أن ليست بحامل وقع عليها**) أي: وطئها.

قوله: (**في ظاهر الرواية**).

وفي المبسوط[1]: وهو الأصح؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يجوز، وليس في ذلك نص؛ لأن المشايخ قالوا: يتبين بشهرين أو ثلاثة، وكان محمد يقول: مقدر (**أربعة أشهر وعشرة أيام**) اعتبارًا بأكثر مدة العدة، وهي عدة الوفاة في الحرة، ثم رجع وقال: مقدر (**شهرين وخمسة أيام**).

وفي مبسوط الإِسْبِيجابي وفتاوى قاضي خان والكافي: وعليه الفتوى؛ لأنه متى صلحت المدة للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح في الإماء، فَلَأَنْ يصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين، وهو دونه أولى.

وعن أبي يوسف أنه قدر بثلاثة أشهر، وعن أبي مطيع البلخي بتسعة أشهر مدة الحبل في النساء عادة، (**وعن زفر سنتان**)؛ لأنه أكثر مدة الحمل، وبعده لا يبقى في البطن.

قوله: (**وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة**) أن عند أبي يوسف امتناع من التزام

(*) الراجح: قول محمد في الرواية الثانية. (**) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٤٧).

وَالمَأْخُوذُ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّ البَائِعَ لَمْ يَقْرَبْهَا فِي طُهْرِهَا ذَلِكَ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ: فِيمَا إِذَا قَرِبَهَا. وَالحِيلَةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَحْتَ المُشْتَرِي حُرَّةٌ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا قَبْلَ الشِّرَاءِ ثُمَّ يَشْتَرِيَهَا. وَلَوْ كَانَتْ فَالحِيلَةُ أَنْ يُزَوِّجَهَا البَائِعُ قَبْلَ الشِّرَاءِ، أَوْ المُشْتَرِي قَبْلَ القَبْضِ مِمَّنْ يُوثَقُ بِهِ ثُمَّ يَشْتَرِيَهَا وَيَقْبِضَهَا، ثُمَّ يُطَلِّقَ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّ عِنْدَ وُجُودِ السَّبَبِ وَهُوَ اسْتِحْدَاثُ المِلْكِ المُؤَكَّدِ بِالقَبْضِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فَرْجُهَا حَلَالًا لَهُ لَا يَجِبُ الِاسْتِبْرَاءُ. وَإِنْ حَلَّ بَعْدَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ المُعْتَبَرَ أَوَانُ وُجُودِ السَّبَبِ كَمَا إِذَا كَانَتْ مُعْتَدَّةَ الغَيْرِ.

قَالَ: (وَلَا يَقْرَبُ المُظَاهِرُ، وَلَا يَلْمَسُ، وَلَا يُقَبِّلُ، وَلَا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يُكَفِّرَ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَرُمَ الوَطْءُ إِلَى أَنْ يُكَفِّرَ حَرُمَ الدَّوَاعِي لِلْإِفْضَاءِ إِلَيْهِ. لِأَنَّ الأَصْلَ: أَنَّ سَبَبَ الحَرَامِ حَرَامٌ، كَمَا فِي الِاعْتِكَافِ وَالإِحْرَامِ وَفِي المَنْكُوحَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ، بِخِلَافِ حَالَةِ الحَيْضِ وَالصَّوْمِ؛ ....

حكمه مخافة ألا يتمكن من الوفاء به إذا لزمه، وعند محمد فرار من الأحكام الشرعية، وهذا ليس من أخلاق المؤمنين فيكره، وقد مر في الشفعة بيان الاختلافات بين العلماء.

قوله: (ممن يوثق به)؛ لأنه إذا لم يوثق ربما لا يطلقها.

وفي فتاوى قاضي خان: ولو خاف ألا يطلقها الزوج بعد قبض المشتري؛ إذ الشرط أن يكون طلاق زوجها بعد قبض المشتري، فإن في طلاقه قبل قبضه لا فائدة؛ لوجوب الاستبراء بعد القبض في الأصح، (فالحيلة أن يزوجها) على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء.

قوله: (كما إذا كانت معتدة) يعني اشترى أمة معتدة وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء؛ لأن عند استحداث الملك بالقبض لم يكن فرجها حلالًا للمشتري، فلما لم يجب عند وجود السبب لم يجز بعده؛ لعدم تجرد السبب.

قوله: (بخلاف حالة الحيض والصوم) حيث لا تحرم الدواعي فيها؛ لأنا تركنا هذا الأصل فيهما بالنص؛ لما أنه عليه الصلاة والسلام «**يُقَبِّلُ بعضَ نسائِهِ**

لِأَنَّ الحَيْضَ يَمْتَدُّ شَطْرَ عُمْرِهَا، وَالصَّوْمَ يَمْتَدُّ شَهْرًا فَرْضًا وَأَكْثَرُ العُمْرِ نَفْلًا، فَفِي المَنْعِ عَنْهَا بَعْضُ الحَرَجِ، وَلَا كَذَلِكَ مَا عَدَدْنَاهَا لِقُصُورِ مُدَدِهَا. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُقَبِّلُ وَهُوَ صَائِمٌ وَيُضَاجِعُ نِسَاءَهُ وَهُنَّ حُيَّضٌ» قَالَ: (وَمَنْ لَهُ أَمَتَانِ أُخْتَانِ فَقَبَّلَهُمَا بِشَهْوَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يُجَامِعُ وَاحِدَةً مِنهُمَا، وَلَا يُقَبِّلُهَا، وَلَا يَمَسُّهَا بِشَهْوَةٍ، وَلَا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ، حَتَّى يَمْلِكَ فَرْجَ الأُخْرَى غَيْرُهُ بِمِلْكٍ، أَوْ نِكَاحٍ، أَوْ يُعْتِقَهَا)، وَأَصْلُ هَذَا: أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ المَمْلُوكَتَيْنِ لَا يَجُوزُ وَطْئًا، لِإِطْلَاقِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] وَلَا يُعَارَضُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣]؛ لِأَنَّ التَّرْجِيحَ لِلْمُحَرِّمِ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ

وهْوَ صائِمٌ، ويُعانِقُ وهُنَّ [٢/٤٢٦/أ] حُيَّضٌ»(١).

قالت أم سلمة: كنت في فراش النبي ﷺ فحضت، فانسللت من الفراش، فقال ﷺ: «أنفست»؟ قلت: نعم، قال: «اِئتَزِري وعُودي إلَى مَضجَعِكِ» ففعلت، فعانقني طول الليل(٢).

(ولأن الحيض يمتدُّ شطر عمرها)؛ أي: قريب شطرها، وهو الثلث، إذ المراد البعض، فتحريم الدواعي يفضي إلى الحرج، بخلاف الإحرام والظهار والاعتكاف؛ لأن الامتناع من الدواعي لا يفضي إلى الحرج فيها؛ لأنهنّ يقعن في وقت خاص.

قوله: (فقبلهما بشهوة) قيد به؛ لأنه إذا قبَّلهما بغير شهوة صار كأنه لم يقبلهما أصلًا، وإن لم يقبلهما، له أن يقبِّل أو يطأ أيتهما شاء، سواء كان اشتراهما معًا أو على التعاقب.

قوله: (لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا﴾) [النساء:٢٣] والمراد مطلق الجمع عقدًا ووطئًا، بدليل أنه معطوف على قوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ والمراد تحريم العقد والوطء بالإجماع، والمعطوف يشارك المعطوف عليه في الحكم تحقيقًا لقضية العطف، (ولا يعارض بقوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) أخرجه البخاري (١/ ٦٧ رقم ٢٩٨) ومسلم (١/ ٢٤٣ رقم ٢٩٦) من حديث أم سلمة ﵂.

الجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الدَّوَاعِي لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، وَلِأَنَّ الدَّوَاعِيَ إِلَى الوَطْءِ بِمَنْزِلَةِ الوَطْءِ فِي التَّحْرِيمِ عَلَى مَا مَهَّدْنَاهُ مِن قَبْلُ، فَإِذَا قَبَّلَهُمَا فَكَأَنَّهُ وَطِئَهُمَا، وَلَوْ وَطِئَهُمَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَامِعَ إِحْدَاهُمَا وَلَا أَنْ يَأْتِيَ بِالدَّوَاعِي فِيهِمَا، فَكَذَا إِذَا قَبَّلَهُمَا، وَكَذَا إِذَا مَسَّهُمَا بِشَهْوَةٍ، أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهِمَا بِشَهْوَةٍ لِمَا بَيَّنَّا، إِلَّا أَنْ يَمْلِكَ فَرْجَ الأُخْرَى غَيْرُهُ بِمِلْكٍ، أَوْ نِكَاحٍ، أَوْ يُعْتِقَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَرُمَ عَلَيْهِ فَرْجُهَا لَمْ يَبْقَ جَامِعًا.

وَقَوْلُهُ: «بِمِلْكٍ» أَرَادَ بِهِ مِلْكَ يَمِينٍ، فَيَنْتَظِمُ التَّمْلِيكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِهِ بَيْعًا، أَوْ غَيْرَهُ، وَتَمْلِيكُ الشِّقْصِ فِيهِ كَتَمْلِيكِ الكُلِّ؛ لِأَنَّ الوَطْءَ يَحْرُمُ بِهِ، وَكَذَا إِعْتَاقُ البَعْضِ مِن إِحْدَاهُمَا كَإِعْتَاقِ كُلِّهَا، وَكَذَا الكِتَابَةُ كَالإِعْتَاقِ فِي هَذَا، لِثُبُوتِ حُرْمَةِ الوَطْءِ بِذَلِكَ كُلِّهِ، وَبِرَهْنِ إِحْدَاهُمَا وَإِجَارَتِهَا وَتَدْبِيرِهَا لَا تَحِلُّ الأُخْرَى؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَا تَخْرُجُ بِهَا عَنْ مِلْكِهِ، وَقَوْلُهُ: «أَوْ نِكَاحٍ» أَرَادَ بِهِ النِّكَاحَ الصَّحِيحَ. أَمَّا إِذَا زَوَّجَ إِحْدَاهُمَا نِكَاحًا فَاسِدًا: لَا يُبَاحُ لَهُ وَطْءُ الأُخْرَى، إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ الزَّوْجُ بِهَا فِيهِ؛ لِأَنَّهُ تَجِبُ العِدَّةُ عَلَيْهَا، وَالعِدَّةُ كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ فِي التَّحْرِيمِ. وَلَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا: حَلَّ لَهُ وَطْءُ المَوْطُوءَةِ دُونَ الأُخْرَى؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ جَامِعًا بِوَطْءِ الأُخْرَى لَا بِوَطْءِ المَوْطُوءَةِ. وَكُلُّ امْرَأَتَيْنِ لَا يَجُوزُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا نِكَاحًا فِيمَا ذَكَرْنَاهُ بِمَنْزِلَةِ الأُخْتَيْنِ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يُقَبِّلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ، أَوْ يَدَهُ، أَوْ شَيْئًا مِنهُ، أَوْ يُعَانِقَهُ) وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ: أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا بَأْسَ بِالتَّقْبِيلِ وَالمُعَانَقَةِ لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَانَقَ جَعْفَرًا ﷺ حِينَ قَدِمَ مِن الحَبَشَةِ وَقَبَّلَ بَيْنَ عَيْنَيْهِ» وَلَهُمَا، مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ -

---

[النساء:٣]) وكان عثمان يقف فيه يقول: أحلتهما آية وحرمتهما [آية][(١)]، وعليٌّ رجح التحريم وقال: التحريم أولى.

قوله: (وذكر الطحاوي) في شرح الآثار (أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد) وبه قال مالك.

قوله: (وقبل بين عينيه) وذلك عند فتح خيبر، فقال ﷺ: «لا أدري بماذا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الْمُكَامَعَةِ وَهِيَ الْمُعَانَقَةُ ـ وَعَنِ الْمُكَاعَمَةِ ـ وَهِيَ التَّقْبِيلُ». وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَا قَبْلَ التَّحْرِيمِ. ثم قَالُوا: الخِلَافُ فِي الْمُعَانَقَةِ فِي إِزَارٍ وَاحِدٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ

أُسَرُّ بفتحِ خيبرَ أم بِقُدوم جَعْفَرَ»[1] وعانق زيد بن حارثة، وكان أصحاب النبي ﷺ يفعلون ذلك، وكان الأعراب يقبلون أطراف النبي ﷺ.

وسئل ابن عباس عن المعانقة، فقال: أول من عانق خليل الرحمن عليه السلام، كان بمكة فأقبل إليها ذو القرنين، فلما كان بالأبطح قيل له: في هذه البلدة خليل الرحمن [فقال ذو القرنين][2] ما ينبغي أن أركب في بلدة فيها خليل الرحمن، فنزل ومشى إلى إبراهيم عليه السلام، فاعتنقه، وكان أول من عانق.

ولهما؛ ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: قلنا: يا رسول الله، أينحني بعضنا لبعض؟ قال: «لا» فقلت: أيعانق بعضنا بعضًا؟ قال: «لا» فقلت: أيصافح بعضنا بعضًا؟ قال: «نعم»[3] فالمصافحة جائزة.

وقيل: مستحبة بلا خلاف للعلماء، وما رواه أبو يوسف محمول على ما قبل التحريم، فالشيخ أبو منصور وفق بين الأحاديث، فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، فأما على وجه البر والكرامة فجائز.

ورخص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم والمتورع على سبيل التبرك، فإن أبا بكر قَبَّلَ بعد ما قبض النبي ﷺ بين عينيه، وعن سفيان: تقبيل يد العالم سنة، وتقبيل يد غيره لا يرخص، قال الصدر الشهيد: وهو المختار.

وفي شرح الطحاوي: تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة، وفي يد غيرهما كلام، والمختار أن لا رخصة فيه، وأما ما يفعله[4] الجهال من تقبيل يد نفسه إذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه، وما يفعلون من تقبيل الأرض بين يدي العلماء فحرام، والفاعل والراضي به آثمان؛ لأنه يشبه عبادة الوثن، ولكن

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٦٨١ رقم ٤٢٤٩) من حديث جابر وصححه وأقره الذهبي.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه الترمذي (٤/ ٣٧٢ رقم ٢٧٢٨) وابن ماجه (٢/ ١٢٢٠ رقم ٣٧٠٢) من حديث أنس رضي الله عنه، قال الترمذي: حديث حسن.

(٤) في الأصل: (يفيد) والمثبت من النسخة الثانية.

قَمِيصٌ أَوْ جُبَّةٌ فَلَا بَأسَ بِهَا بِالإِجْمَاعِ وَهُوَ الصَّحِيحُ. قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِالْمُصَافَحَةِ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُتَوَارَثُ ....

لا يكفر بهذا السجود؛ لأنه يريد به التحية دون العبادة. هكذا في شرح الطحاوي.

قال شمس الأئمة: السجود لغير الله على وجه التعظيم كُفْرٌ.

وذكر أبو الليث: القبلة على خمسة أوجه:

قبلة الرحمة، كقبلة الوالدين لولده، وقَبَّلَ النبي ﷺ الحسن.

وقبلة التحية، كقبلة المؤمنين بعضهم بعضًا.

وقبلة الشفقة، كقبلة الولد والديه على الرأس.

وقبلة المودة، كقبلة الرجل أخاه أو أخته على الجبهة.

وقبلة الشهوة، كقبلة الرجل زوجته وأمته، وزاد بعضهم قبلة الديانة، وهي قبلة الحجر الأسود.

وأما القيام للغير على وجه التعظيم فمكروه؛ لما روينا من حديث أنس، ولقوله ﷺ: «**لَا تَقومُوا كَما يقومُ الأعاجِمُ يُعَظِّمُ بعضُهُم بَعضًا**»(١).

وفي فتاوى قاضي خان ما يدل على إباحته، فقال فيه: قوم يقرؤون القرآن أو واحد فدخل عليه واحد من الأشراف، قالوا: إن دخل عليه عالم أو أبوه أو أستاذه جاز أن يقوم لأجله، وفي سوى ذلك لا يجوز.

وعن الشيخ أبي القاسم: الحكم أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم، فقيل له في ذلك، فقال، لأن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم، فلو تركت تضرروا، والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك، وإنما يطمعون جواب السلام والتكلم [٢/٤٢٦/] معهم في العلم ونحوه، فلا يتضررون بترك القيام لهم. كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (لأنه) أي: المصافحة، على تأويل التصافح (هو المتوارث) أي:

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٥٨ رقم ٥٢٣٠) من حديث أبي أمامة ﷺ، وذكره ابن حجر في الفتح (١١/ ٤٩) ولم يضعفه فهو عنده حسن أو صحيح.

وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ صَافَحَ أَخَاهُ المُسْلِمَ وَحَرَّكَ يَدَهُ تَنَاثَرَتْ ذُنُوبُهُ».

فَصْلٌ في البَيْعِ

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِبَيْعِ السِّرْقِينِ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ العَذِرَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ السِّرْقِينِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ نَجِسُ العَيْنِ، فَشَابَهُ العَذِرَةَ وَجِلْدَ المَيْتَةِ قَبْلَ الدِّبَاغِ. وَلَنَا: أَنَّهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يُلْقَى فِي الأَرَاضِي لِاسْتِكْثَارِ الرِّيعِ، فَكَانَ مَالًا، وَالمَالُ مَحَلٌّ لِلْبَيْعِ. بِخِلَافِ العَذِرَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا مَخْلُوطًا. وَيَجُوزُ بَيْعُ المَخْلُوطِ، هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَكَذَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِالمَخْلُوطِ لَا بِغَيْرِ المَخْلُوطِ فِي الصَّحِيحِ، وَالمَخْلُوطُ بِمَنْزِلَةِ زَيْتٍ خَالَطَتْهُ النَّجَاسَةُ.

قَالَ: (وَمَنْ عَلِمَ بِجَارِيَةٍ أَنَّهَا لِرَجُلٍ، فَرَأَى آخَرَ يَبِيعُهَا، وَقَالَ: وَكَّلَنِي صَاحِبُهَا بِبَيْعِهَا، فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنَّهُ يَبْتَاعُهَا وَيَطَؤُهَا)؛ لِأَنَّهُ أُخْبِرَ بِخَبَرٍ صَحِيحٍ لَا مُنَازِعَ لَهُ، وَقَوْلُ

سنة قديمة في البيعة وغير ذلك، فقال ﷺ: «**مَا مِنْ مُسلِمَينِ يَلتَقيانِ ويتَصافَحانِ إلّا غُفِرَ لهما قبلَ أن يَتفرَّقا**»[١].

فَصْلٌ فِي البَيْعِ

أخَّر البيع عن الأكل والشرب والوطء واللبس؛ لما أن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان، وهذا لا، وما كان أكثر اتصالًا أحق بالتقديم.

العذرة: رجيع الآدمي، وبقول الشافعي قال مالك وأحمد.

(**لأنه**) أي: السرقين (**يلقى في الأراضي لاستكثار الريع**) من غير نكير عن أحد من السلف، (**بخلاف العذرة**)؛ لأن العادة في الانتفاع بها غير مخلوط لم يوجد.

وقوله: (**في الصحيح**) احتراز عما روي عن أبي حنيفة أنه قال: لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٣٥٤ رقم ٥٢١٢) والترمذي (٤/ ٣٧١ رقم ٢٧٢٧) وابن ماجه (٢/ ١٢٢٠ رقم ٣٧٠٣) من حديث البراء ﷺ وقال الترمذي: غريب من حديث أبي إسحاق عن البراء، وذكره ابن حجر في الفتح (١١/ ٥٥) ولم يضعفه فهو عنده حسن أو صحيح.

الوَاحِدِ فِي المُعَامَلَاتِ مَقْبُولٌ عَلَى أَيِّ وَصْفٍ كَانَ لِمَا مَرَّ مِن قَبْلُ. وَكَذَا إِذَا قَالَ: اشْتَرَيْتُهَا مِنهُ أَوْ وَهَبَهَا لِي، أَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيَّ لِمَا قُلْنَا. وَهَذَا إِذَا كَانَ ثِقَةً.

وَكَذَا إِذَا كَانَ غَيْرَ ثِقَةٍ، وَأَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ؛ لِأَنَّ عَدَالَةَ المُخْبِرِ فِي المُعَامَلَاتِ غَيْرُ لَازِمَةٍ لِلْحَاجَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنْ كَانَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ أَنَّهُ كَاذِبٌ: لَمْ يَسَعْ لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِشَيْءٍ مِن ذَلِكَ؛ لِأَنَّ أَكْبَرَ الرَّأْيِ يُقَامُ مَقَامَ اليَقِينِ، وَكَذَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهَا لِفُلَانٍ، وَلَكِنْ أَخْبَرَهُ صَاحِبُ اليَدِ أَنَّهَا لِفُلَانٍ، وَأَنَّهُ وَكَّلَهُ بِبَيْعِهَا، أَوْ اشْتَرَاهَا مِنهُ، وَالمُخْبِرُ ثِقَةٌ، قُبِلَ قَوْلُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً: يُعْتَبَرُ أَكْبَرُ رَأْيِهِ؛ لِأَنَّ إِخْبَارَهُ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ لَمْ يُخْبِرْهُ صَاحِبُ اليَدِ بِشَيْءٍ.

قوله: (**على أي وصف كان**) أي: بعد أن كان عاقلًا مميزًا، سواء كان حرًّا أو عبدًا، رجلًا أو امرأةً، كافرًا أو مسلمًا (**لما مر من قبل**) أي: في فصل الأكل والشرب.

قوله: (**لأن أكبر الرأي قام مقام اليقين**) قال ﷺ لوابصة: «**ضَعْ يدَكَ على صَدرِكَ واسْتَفْتِ قلبَكَ؛ فَما حَاكَ في صَدرِكَ فدَعْهُ وإن أفتَاكَ النَاسُ بِهِ**»[(١)] وقال ﷺ: «**الإثْمُ حَزازُ القُلوبِ**»[(٢)] أي: على المرء أن يترك ما حزَّ في قلبه تحرزًا عن الإثم.

ولهذا قال محمد رحمه الله في الأصل: إن أكبر الرأي يجوز العمل فيما هو أكبر من هذا، كالفروج وسفك الدماء، فإن من تزوج امرأة فدخل بها على[(٣)] إنسان، وأخبره أنها امرأته؛ وسعه أن يعتمد خبره إذا كان ثقة عدلًا، وكان في أكبر رأيه أنه صادق، فيغشاها.

ولو دخل رجل على غيره ليلًا وهو شاهر سيفه، مادًّا رمحه، يشتد نحوه،

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢٢/ ٧٨ رقم ١٩٣) من حديث واثِلَة بن الأسْقَع رضي الله عنه قال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠/ ٢٩٤ رقم ١٨١١٥): فيه عبيد بن القاسم، وهو متروك.
وأخرجه مختصرا مسلم (٤/ ١٩٨٠ رقم ٢٥٥٣) من حديث النَّوَّاس بن سمعان رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البيهقي في شعب الإيمان (٧/ ٣٠٧ رقم ٥٠٥١) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وصححه الشيخ الألباني في الصحيحة (٦/ ٢٢١ رقم ٢٦١٣).

(٣) في الأصل: (فادخلها عليه إنسان) والمثبت من النسخة الثانية.

فَإِنْ كَانَ عَرَّفَهَا لِلْأَوَّلِ لَمْ يَشْتَرِهَا حَتَّى يَعْلَمَ انْتِقَالَهَا إِلَى مِلْكِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ يَدَ الأَوَّلِ دَلِيلُ مِلْكِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا وَإِنْ كَانَ ذُو اليَدِ فَاسِقًا؛ لِأَنَّ يَدَ الفَاسِقِ دَلِيلُ المِلْكِ فِي حَقِّ الفَاسِقِ وَالعَدْلِ وَلَمْ يُعَارِضْهُ مُعَارِضٌ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِأَكْبَرِ الرَّأْيِ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلِيلِ الظَّاهِرِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلُهُ لَا يَمْلِكُ مِثْلَ ذَلِكَ، فَحِينَئِذٍ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَنَزَّهَ، وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ اشْتَرَاهَا يُرْجَى أَنْ يَكُونَ فِي سَعَةٍ مِن ذَلِكَ لِاعْتِمَادِهِ الدَّلِيلَ الشَّرْعِيَّ. وَإِنْ كَانَ الَّذِي أَتَاهُ بِهَا عَبْدًا، أَوْ أَمَةً: لَمْ يَقْبَلْهَا، وَلَمْ يَشْتَرِهَا حَتَّى يَسْأَلَ؛ لِأَنَّ المَمْلُوكَ لَا مِلْكَ لَهُ فَيَعْلَمُ أَنَّ المِلْكَ فِيهَا لِغَيْرِهِ، فَإِنْ أَخْبَرَهُ

فإن صاحب المنزل يُحْكِمُ رأيه، فإن كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله، وخاف إن صاح يبادر بالضرب فلا بأس أن يضربه بالسيف، وإن كان أكبر رأيه أنه هارب من اللصوص لا ينبغي أن يعجل بقتله، وإن قتله وفي رأيه أنه لص ثم تبين أنه رجل صالح ففي القياس يقتص، وفي الاستحسان عليه الدية.

قوله: (**إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك**) وهذا مثلُ دُرَّةٍ في يد فقير لا يملك شيئًا، أو كتاب في يد جاهل، ولم يكن في آبائه من هو أهل لذلك، فكان التنزه عن شرائه أفضل، (**ومع ذلك لو اشتراه يرجى أن يكون في سعة من ذلك**)؛ لأنه اعتمد دليلًا شرعيًّا؛ إذ اليد دليل الملك. كذا في المبسوط وجامع المحبوبي.

قوله: (**وإن كان الذي أتاه بها**) أي: بالجارية؛ لأن هذا كله مبني على قوله.

(**وإن علم بجارية...**) إلى آخره، أي: أتى العبد أو الأمة بالجارية، فقال العبد أو الأمة: إني وهبتها أو بعتها منك، ليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأله عن ذلك؛ لأن المنافي للملك، وهو الرق، معلوم ما لم يعلم دليلًا مطلقًا للتصرف لا يحل له الشراء منه؛ لأنه عالم أنه لغيره، ويد المملوك ليس بمطلق للتصرف قبل الإذن من المولى.

أَنَّ مَوْلَاهُ أَذِنَ لَهُ وَهُوَ ثِقَةٌ: قُبِلَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً: يُعْتَبَرُ أَكْبَرُ الرَّأْيِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَأْيٌ: لَمْ يَشْتَرِهَا لِقِيَامِ الحَاجِرِ فَلَا بُدَّ مِن دَلِيلٍ.

قَالَ: (وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَخْبَرَهَا ثِقَةٌ: أَنَّ زَوْجَهَا الغَائِبَ مَاتَ عَنْهَا، أَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، أَوْ كَانَ غَيْرَ ثِقَةٍ وَأَتَاهَا بِكِتَابٍ مِن زَوْجِهَا بِالطَّلَاقِ، وَلَا تَدْرِي أَنَّهُ كِتَابُهُ أَمْ لَا، إِلَّا أَنَّ أَكْبَرَ رَأْيِهَا أَنَّهُ حَقٌّ) يَعْنِي بَعْدَ التَّحَرِّي (فَلَا بَأْسَ بِأَنْ تَعْتَدَّ، ثُمَّ تَتَزَوَّجَ)؛

قوله: (لقيام الحاجر) بالراء المهملة، أي: المانع، يعني أن الحاجر عن التصرف ظاهر، فما لم يترجح جانب الصدق بنوع دليل لا يعمل به، وكذا الغلام الذي لم يبلغ، حرًّا كان أو مملوكًا فيما يخبر أنه أذن له بيعه أو أن فلانًا بعث حقه إليه هدية أو صدقة، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه أن يصدقه للعادة الظاهرة في بعث الهدايا على أيدي المماليك والصبيان.

وفي النزوع عن العادة الظاهرة حرج بَيِّن، فإن كان أكبر رأيه أنه كاذب[١] ينبغي أن لا يقبل منه شيئًا؛ لأن أكبر الرأي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين.

وقال الإمام الحلواني: الصبي إذا أتى بقالًا بفلوس يشتري منه شيئًا، وأخبره أن أمه أمرته بذلك، فإن طلب الصابون ونحوه فلا بأس ببيعه منه[٢]؛ لأن الظاهر أنه كاذب. كذا في المبسوط[٣].

قوله: (فلا بأس أن تعتد ثم تتزوج) هذا في الإخبار، أما في الشهادة فلا يصح، وإن كان الشاهد اثنين حيث لا يقضي القاضي بالفرقة؛ لأنه قضاء على الغائب. ذكره في الفصول للأُسْتُرُوشَنِّيِّ.

وفي التتمة: إذا شهد اثنان أن فلانًا طلق امرأته، والزوج غائب لا يقبل، وإن شهدا عند المرأة حل لها أن تعتد وتتزوج بآخر، وكذا إذا شهد عندها رجل عدل ووقع في قلبها أنه صادق.

---

(١) كذا بالأصول، وفي مطبوع المبسوط (١٠/ ١٧٥): (لم ينبغ له أن يقبل...).

(٢) كذا بالأصول، وبعدها في مطبوع المبسوط (١٠/ ١٧٥): (وإن طلب الزبيب وما يأكله الصبيان عادة فينبغي له ألا يبيعه؛ لأن الظاهر أنه كاذب).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٧٥).

لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ وَلَا مُنَازِعَ، وَكَذَا لَوْ قَالَتْ لِرَجُلٍ: طَلَّقَنِي زَوْجِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي، فَلَا بَأسَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا. وَكَذَا إِذَا قَالَتِ المُطَلَّقَةُ الثَّلَاثَ: انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَزَوَّجْتُ بِزَوْجٍ آخَرَ، وَدَخَلَ بِي، ثُمَّ طَلَّقَنِي وَانْقَضَتْ عِدَّتِي، فَلَا بَأسَ بِأَنْ يَتَزَوَّجَهَا الزَّوْجُ الأَوَّلُ، وَكَذَا لَوْ قَالَتْ جَارِيَةٌ: كُنْت أَمَةَ فُلَانٍ فَأَعْتَقَنِي؛ لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ. وَلَوْ أَخْبَرَهَا مُخْبِرٌ أَنَّ أَصْلَ النِّكَاحِ كَانَ فَاسِدًا، أَوْ كَانَ الزَّوْجُ حِينَ تَزَوَّجَهَا مُرْتَدًّا، أَوْ أَخَاهَا مِن الرَّضَاعَةِ: لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، حَتَّى يَشْهَدَ بِذَلِك رَجُلَانِ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ. وَكَذَا إِذَا أَخْبَرَهُ مُخْبِرٌ أَنَّك تَزَوَّجْتَهَا وَهِيَ مُرْتَدَّةٌ، أَوْ أُخْتُكَ مِن الرَّضَاعَةِ، لَمْ يَتَزَوَّجْ بِأُخْتِهَا، أَوْ أَرْبَعٍ سِوَاهَا، حَتَّى يَشْهَدَ بِذَلِك عَدْلَانِ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ بِفَسَادٍ مُقَارِنٍ، وَالإِقْدَامُ عَلَى العَقْدِ يَدُلُّ عَلَى صِحَّتِهِ وَإِنْكَارِ فَسَادِهِ فَثَبَتَ المُنَازِعُ بِالظَّاهِرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ المَنْكُوحَةُ صَغِيرَةً فَأَخْبَرَ الزَّوْجُ أَنَّهَا ارْتَضَعَتْ مِن أُمِّهِ، أَوْ أُخْتِهِ، حَيْثُ يُقْبَلُ قَوْلُ الوَاحِدِ فِيهِ؛ لِأَنَّ القَاطِعَ طَارِئٌ، وَالإِقْدَامُ الأَوَّلُ لَا يَدُلُّ عَلَى انْعِدَامِهِ، فَلَمْ يَثْبُت المُنَازِعُ ....

قوله: (لأن القاطع طارئ، ولا [٢/٤٢٧/أ] منازع) وهذان القيدان مفيدان؛ إذ لو كان المفسد مقارنًا لا يقبل.

وفي النوازل: اشترى أمة فقالت: أنا حرة لا يردّها على البائع، ولكن يتزوجها وحل له وطؤها؛ لأنها أمته أو امرأته، وكان شداد إذا اشترى أمة يتزوجها ويقول: لا أدري لعلها حرة، أو جرى كلام الحرية على لسان أربابها، هذا بطريق الاحتياط، ولكن لا تعتق بذلك.

قوله: (حيث يقبل قول الواحد فيه) أي: في الإخبار بالارتضاع؛ **(لأن القاطع طارئ، فلم تثبت المنازعة في الإقدام الأول)**، فيقبل خبر الواحد فيه.

فإن قيل: ينبغي ألا يقبل؛ لما أن الملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد، كما لو اشترى لحمًا ثم أخبره واحد أنه ذبيحة مجوسي، حيث لا يبطل بهذا الخبر ملك المشتري، ولا يرجع بالثمن على البائع؛ لأن ملك الغير لا يبطل بخبر الواحد.

فَافْتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا الحَرْفِ يَدُورُ الفَرْقُ. وَلَوْ كَانَتْ جَارِيَةٌ صَغِيرَةٌ لَا تُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهَا فِي يَدِ رَجُلٍ يَدَّعِي أَنَّهَا لَهُ، فَلَمَّا كَبُرَتْ لَقِيَهَا رَجُلٌ فِي بَلَدٍ آخَرَ، فَقَالَتْ: أَنَا حُرَّةُ الأَصْلِ، لَمْ يَسَعْهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لِتَحَقُّقِ المُنَازِعِ، وَهُوَ ذُو اليَدِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

قلنا: ملك الغير في الحال ليس بدليل موجب، بل باستصحاب الحال؛ لأنا نعرف بقاءه باستصحاب الحال، وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال، أما الخبر بكونه ذبيحة مجوسي ليس بخبر بالمفسد الطارئ، بل هو خبر بفساد البيع من الأصل، والإقدام على الشراء منازعة منه بصحة البيع، فلا يقبل خبر الواحد بدون شهادة شاهدين.

وكذا فيما تقدم صحة النكاح يثبت من الابتداء بدليل موجب له، وهو العقد الذي عاينه، فلا يبطل ذلك بخبر الواحد.

ومن القاطع الطارئ أيضًا ما لو قالت: طلقني بعد النكاح، أو ارتد بعده؛ وسعه أن يعتمد خبرها ويتزوجها؛ لأنه أخبرت بحلها للزوج بسبب محتمل، أما لو أقرت بعد النكاح أنه كان مرتدًا حين تزوجني، أو أني كنت أخته من الرضاعة لا يعتمد خبرها؛ لأنه خلاف المعلوم، أما إذا أخبرتْ مُحرَّمةٌ بسبب عارض بعد النكاح من رضاع أو غير ذلك، وثبت على ذلك، فإن كانت ثقة مأمونة أو غير ثقة إلا أن أكبر رأيه أنها صادقة فلا بأس بتزوجه؛ لما ذكرنا أن الملك الثابت في الحال للغير بالاستصحاب، وخبر الواحد مقدم عليه. إليه أشار في المبسوط[١].

قوله: (وعلى هذا الحرف) أي: الأصل، وهو أي: خبر الواحد إنما لا يقبل في موضع المنازعة؛ لحاجتنا إلى الإلزام، ويقبل في موضع المسالمة لعدم المنازعة.

وأراد **بقوله: (ما تقدم) قوله: (ولو قالت جارية كنت أمة لفلان...)** إلى آخره.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ١٨٠).

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ المُسْلِمُ خَمْرًا، وَأَخَذَ ثَمَنَهَا، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يَأْخُذَ مِنهُ، وَإِنْ كَانَ البَائِعُ نَصْرَانِيًّا: فَلَا بَأْسَ بِهِ) وَالفَرْقُ: أَنَّ البَيْعَ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ قَدْ بَطَلَ؛ لِأَنَّ الخَمْرَ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوَّمٍ فِي حَقِّ المُسْلِمِ، فَبَقِيَ الثَّمَنُ عَلَى مِلْكِ المُشْتَرِي، فَلَا يَحِلُّ أَخْذُهُ مِن البَائِعِ.

وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي: صَحَّ البَيْعُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ فِي حَقِّ الذِّمِّيِّ، فَمَلَكَهُ البَائِعُ، فَيَحِلُّ الأَخْذُ مِنهُ. قَالَ: (وَيُكْرَهُ الِاحْتِكَارُ ....

قوله: (يكره لصاحب الدين أن يأخذه منه) ولا خلاف فيه.

وعن محمد: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي، فأما إذا كان بالقضاء بأن القاضي قضى عليه بهذا الثمن، ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه، وإنما حرم عند الاقتضاء بالتراضي؛ لقوله ﷺ: «**إنّ الذي حَرَّمَ شُرْبَها حَرَّمَ أَكْلَ ثَمَنِها**»(١) وقال ﷺ: «**لعنَ اللهُ فِي الخَمرِ عَشْرًا...**»(٢) وذكر من العشرة «**آكِلَ ثَمنِها**»، ولأن العقد لما لم ينعقد في حق المسلم، فكان الثمن كالمغصوب؛ لوجوب رده على البائع شرعًا، ولو قضى دينه بدراهم مغصوبة لا يحل للقابض قبضه إذا علم، فكذا هذا.

وقال بعض مشايخنا: كسب المغنية كالمغصوب لا يحل أخذه، ولا خلاف فيه بين العلماء، وعلى هذا قالوا: لو مات واحد وكسبه من بيع الباذق والظلم وأخذ الرشوة؛ يرده الورثة على أربابها إن عرفوهم ديانة، وإن لم يعرفوهم تصدقوا بها؛ لأن سبيل الكسب الخبيث التصدق إذا تعذر رده. كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (ويكره الاحتكار...) إلى آخره.

الاحتكار: افتعال من حكر، أي: حبس، فاحتكار الطعام حبسه متربصًا للغلاء، ومحل الاحتكار ما هو قوت الآدميين والبهائم، وهذا عند أبي حنيفة

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٠٦ رقم ١٥٧٩) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦ رقم ٣٦٧٤) وابن ماجه (٢/ ١١٢١ رقم ٣٣٨٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ومن حديث أنس أخرجه الترمذي (٢/ ٥٨٠ رقم ٣٣٨٠) وابن ماجه (٢/ ١١٢٢ رقم ٣٣٨١) قال الترمذي: غريب من حديث أنس. وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٧٠٠).

فِي أَقْوَاتِ الآدَمِيِّينَ وَالبَهَائِمِ إذَا كَانَ ذَلِكَ فِي بَلَدٍ يَضُرُّ الِاحْتِكَارُ بِأَهْلِهِ، وَكَذَلِكَ التَّلَقِّي. فَأَمَّا إذَا كَانَ لَا يَضُرُّ فَلَا بَأسَ بِهِ) وَالأَصْلُ فِيهِ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ» وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ العَامَّةِ، وَفِي الِامْتِنَاعِ عَن البَيْعِ إبْطَالُ حَقِّهِمْ وَتَضْيِيقُ الأَمْرِ عَلَيْهِمْ، فَيُكْرَهُ، إذَا كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ ذَلِكَ بِأَنْ كَانَتْ البَلْدَةُ صَغِيرَةً، بِخِلَافِ مَا إذَا لَمْ يَضُرَّ بِأَنْ كَانَ المِصْرُ كَبِيرًا؛ لِأَنَّهُ حَابِسٌ مِلْكَهُ مِن غَيْرِ إضْرَارٍ بِغَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ التَّلَقِّي عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ، لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ تَلَقِّي الجَلَبِ وَعَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانِ. قَالُوا: هَذَا ....

ومحمد وعليه الفتوى؛ لأن الاعتبار للضرر المعتاد الغالب، وأبو يوسف اعتبر نفس الضرر، وكيفيته أن يشتري من فسطاط[(١)] المسلمين، أي: مدينتهم، فأما من جلبه من أرضه أو مدينة أخرى؛ فلا احتكار فيه.

قوله: (والأصل فيه) أي: في كراهية الاحتكار (قوله ﷺ: «**الجَالِبُ مَرزوقٌ**») الحديث متفق عليه[(٢)]، وقال ﷺ: «**مَنِ احْتكَرَ علَى الناسِ الطعامَ رَماهُ اللهُ بالجُذام**»[(٣)] وفي رواية[(٤)] «**من احتكرَ الطعامَ أربعينَ ليلةً يطلبُ القَحطَ فعلَيهِ لعنةُ اللهِ والملائكةِ والناسِ أجمَعينَ، لا يَقبلُ اللهُ منه صَرفًا ولا عَدْلًا**» [٢/ ٤٢٧/ب] كذا ذكر في الكافي.

فالصرف: النفل، والعدل: [الفرض][(٥)].

---

(١) في الأصل: (فسطاس) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) يريد أنه متفق على العمل به والحديث ليس في الصحيحين.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٢٩ رقم ٢١٥٥) من حديث عمر ﷺ قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ١١ رقم ٩٦٧): هذا إسناد صحيح رجاله موثقون أبو يحيى المكي وشيخه فروخ ذكرهما ابن حبان في الثقات والهيثم بن رافع وثقه ابن معين وأبو داود وأبو بكر الحنفي واسمه عبد الكبير بن عبد المجيد احتج به الشيخان وشيخ ابن ماجة يحيى بن حكيم وثقه أبو داود والنسائي وغيرهما.

(٤) بمعناه ما أخرجه أحمد (٢/ ٣٣ رقم ٤٨٨٠) من حديث ابن عمر مرفوعا: «مَن احتكرَ طعامًا أربعينَ ليلةً؛ فقد بَرِئَ من اللهِ تعالَى، وبَرِئَ اللهُ تَعالَى منهُ، وأيُّما أهلُ عَرْصَةٍ أصبحَ فيهمُ امرؤٌ جائعٌ؛ فقد بَرِئتْ منهمْ ذِمّةُ اللهِ تعالَى» قال ابن أبي حاتم في العلل (٣/ ٦٦٥): حديث منكر، وأبو بشر لا أعرفه.

(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

إِذَا لَمْ يُلَبِّسْ المُتَلَقِّي عَلَى التُّجَّارِ سِعْرَ البَلْدَةِ. فَإِنْ لَبَّسَ: فَهُوَ مَكْرُوهٌ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ غَادِرٌ بِهِمْ.

وَتَخْصِيصُ الِاحْتِكَارِ بِالأَقْوَاتِ كَالحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتِّبْنِ وَالقَتِّ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: كُلُّ مَا أَضَرَّ بِالعَامَّةِ حَبْسُهُ فَهُوَ احْتِكَارٌ وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً أَوْ ثَوْبًا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: لَا احْتِكَارَ فِي الثِّيَابِ(*)؛ فَأَبُو يُوسُفَ اعْتَبَرَ حَقِيقَةَ الضَّرَرِ، إِذْ هُوَ المُؤَثِّرُ فِي الكَرَاهَةِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ اعْتَبَرَ الضَّرَرَ المَعْهُودَ المُتَعَارَفَ. ثُمَّ المُدَّةُ إِذَا قَصُرَتْ لَا يَكُونُ احْتِكَارًا لِعَدَمِ الضَّرَرِ، وَإِذَا طَالَتْ يَكُونُ احْتِكَارًا مَكْرُوهًا لِتَحَقُّقِ الضَّرَرِ. ثُمَّ قِيلَ: هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِأَرْبَعِينَ يَوْمًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ احْتَكَرَ طَعَامًا أَرْبَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرِئَ مِن اللَّهِ وَبَرِئَ اللَّهُ مِنهُ» وَقِيلَ: بِالشَّهْرِ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهُ قَلِيلٌ عَاجِلٌ، وَالشَّهْرُ وَمَا فَوْقَهُ كَثِيرٌ آجِلٌ، وَقَدْ مَرَّ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ، وَيَقَعُ التَّفَاوُتُ فِي المَأْثَمِ بَيْنَ أَنْ يَتَرَبَّصَ العِزَّةَ وَبَيْنَ أَنْ يَتَرَبَّصَ القَحْطَ - وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ -، وَقِيلَ: المُدَّةُ لِلْمُعَاقَبَةِ فِي الدُّنْيَا، إِمَّا يَأْثَمُ وَإِنْ قَلَّتْ المُدَّةُ. وَالحَاصِلُ، أَنَّ التِّجَارَةَ فِي الطَّعَامِ غَيْرُ مَحْمُودَةٍ.

قَالَ: (وَمَنْ احْتَكَرَ غَلَّةَ ضَيْعَتِهِ، أَوْ مَا جَلَبَهُ مِن بَلَدٍ آخَرَ. فَلَيْسَ بِمُحْتَكِرٍ) أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ العَامَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ لَا يَزْرَعَ،

قوله: (مكروه في الوجهين) أي: في الإضرار وعدم الإضرار.

قوله: (ثم المدة إذا قصرت...) إلى آخره، قالوا: إذا تحقق الاحتكار يأثم قَلَّت مدة الامتناع أو كثرت؛ لأن الإثم للإضرار، وقد وجد، ولا يعزر ما لم تطل المدة؛ لأن التعزير عند إظهار الجناية، وذلك بعد المدة الكثيرة.

واختلفوا في تلك المدة على ما ذكر في الكتاب.

ومعنى قوله: (برئ الله تعالى منه) أي: خذله الله.

قوله: (غير محمودةٍ) يعني بطريق الاحتكار، أما الاسترباح بلا احتكار فلا بأس به. وكذا في الشاهية.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

فَكَذَلِكَ لَهُ أَنْ لَا يَبِيعَ. وَأَمَّا الثَّانِي: فَالمَذْكُورُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ حَقَّ العَامَّةِ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَا جُمِعَ فِي المِصْرِ وَجُلِبَ إِلَى فِنَائِهَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُكْرَهُ لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُجْلَبُ مِنهُ إِلَى المِصْرِ فِي الغَالِبِ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ فِنَاءِ المِصْرِ، يَحْرُمُ الِاحْتِكَارُ، فِيهِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ العَامَّةِ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ البَلَدُ بَعِيدًا لَمْ تَجْرِ العَادَةُ بِالحَمْلِ مِنهُ إِلَى المِصْرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ العَامَّةِ.

قَالَ: (وَلَا يَنْبَغِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُسَعِّرَ عَلَى النَّاسِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُسَعِّرُوا فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ المُسَعِّرُ القَابِضُ البَاسِطُ الرَّازِقُ» وَلِأَنَّ الثَّمَنَ حَقُّ العَاقِدِ فَإِلَيْهِ تَقْدِيرُهُ، فَلَا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِحَقِّهِ، إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ دَفْعُ ضَرَرِ العَامَّةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ. وَإِذَا رُفِعَ إِلَى القَاضِي هَذَا الأَمْرُ يَأْمُرُ المُحْتَكِرَ بِبَيْعِ مَا فَضَلَ عَنْ قُوتِهِ وَقُوتِ أَهْلِهِ عَلَى اعْتِبَارِ السَّعَةِ فِي ذَلِكَ وَيَنْهَاهُ عَنِ الِاحْتِكَارِ، فَإِنْ رُفِعَ إِلَيْهِ مَرَّةً أُخْرَى حَبَسَهُ وَعَزَّرَهُ عَلَى مَا يَرَى، زَجْرًا لَهُ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ النَّاسِ، فَإِنْ كَانَ أَرْبَابُ الطَّعَامِ يَتَحَكَّمُونَ وَيَتَعَدَّوْنَ عَنِ القِيمَةِ تَعَدِّيًا فَاحِشًا، وَعَجَزَ القَاضِي عَنْ صِيَانَةِ حُقُوقِ المُسْلِمِينَ إِلَّا بِالتَّسْعِيرِ، فَحِينَئِذٍ لَا بَأْسَ بِهِ بِمَشْوَرَةٍ مِن أَهْلِ الرَّأْيِ

قوله: (ولا ينبغي للسلطان أن يُسَعِّرَ) فالتسعير لا يحل بلا خلاف للعلماء فيه، إلا في صورة تعدي أرباب الطعام، فإنه لا يكره عندنا ومالك، وحكي عن مالك أنه يلزم التسعير عام الغلاء؛ نظرًا للعامة.

وفي جامع المحبوبي: حكي عن أبي حفص الكبير أنه دفع الدراهم إلى أمنائه في وقت غلاء الطعام ليقوموا على الطريق خارج البلد، ويقولون للرستاقي: إنما نبيع الطعام في الجونق[١] بخمسين درهمًا لكل وِقْرٍ، فخذ هاهنا عشرة، وبع طعامًا في الجولق بأربعين، ففعلوا ذلك حتى وقع في المصر أن الطعام قد رخص، ونقلوا طعامًا كثيرًا، فلما اجتمع الطعام الكثير في الجولق رخص الطعام ببركة حسن نيته.

قوله: (تعديًا فاحشًا) بأن يبيعوا قفيزًا بمائة ويشتري بخمسين.

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية: (الحويق) ولعل الصواب: (الجولق) كما في كتب الفقه الحنفي.

وَالبَصِيرَةِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ وَتَعَدَّى رَجُلٌ عَنْ ذَلِكَ، وَبَاعَ بِأَكْثَرَ مِنهُ، أَجَازَهُ القَاضِي، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرَى الحَجْرَ عَلَى الحُرِّ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الحَجْرُ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ. وَمَنْ بَاعَ مِنهُمْ بِمَا قَدَّرَهُ الإِمَامُ: صَحَّ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكْرَهٍ عَلَى البَيْعِ، هَلْ يَبِيعُ القَاضِي عَلَى المُحْتَكِرِ طَعَامَهُ مِن غَيْرِ رِضَاهُ؟ قِيلَ: هُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ الَّذِي عُرِفَ فِي بَيْعِ مَالِ المَدْيُونِ، وَقِيلَ: يَبِيعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَرَى الحَجْرَ لِدَفْعِ ضَرَرٍ عَامٍّ، وَهَذَا كَذَلِكَ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ فِي أَيَّامِ الفِتْنَةِ) مَعْنَاهُ: مِمَّنْ يُعْرَفُ أَنَّهُ مِن أَهْلِ الفِتْنَةِ؛ لِأَنَّهُ تَسْبِيبٌ إِلَى المَعْصِيَةِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي السِّيَرِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُعْرَفُ أَنَّهُ مِن أَهْلِ الفِتْنَةِ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْتَعْمِلَهُ فِي الفِتْنَةِ، فَلَا يُكْرَهُ بِالشَّكِّ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ العَصِيرِ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا)؛ لِأَنَّ المَعْصِيَةَ لَا تُقَامُ بِعَيْنِهِ بَلْ بَعْدَ تَغْيِيرِهِ، بِخِلَافِ بَيْعِ السِّلَاحِ فِي أَيَّامِ الفِتْنَةِ، لِأَنَّ المَعْصِيَةَ تَقُومُ بِعَيْنِهِ. قَالَ: (وَمَنْ أَجَّرَ بَيْتًا لِيُتَّخَذَ فِيهِ بَيْتُ نَارٍ، أَوْ كَنِيسَةٌ، أَوْ بِيعَةٌ، أَوْ يُبَاعُ فِيهِ الخَمْرُ بِالسَّوَادِ: فَلَا بَأْسَ بِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَنْبَغِي أَنْ يُكْرِيَهُ لِشَيْءٍ مِن ذَلِكَ(*)؛ ....

(لأنه) أي: أبو حنيفة (لا يرى الحجر على الحر) العاقل، وفي إبطاله نوع حجر عليه (وكذا عندهما) لأنه حجر على قوم مجهولين فلا يصح، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي المحيط: سَعَّرَ السلطانُ وقال: لا تُنقِصوا، فاشترى أحدٌ شيئًا، والخباز يخاف إن نقص من ذلك يضرُّه السلطان لا يَحِلُّ أكلُهُ، وحيلته أن [يقول][(١)] المشتري: بعني ما تحب.

قوله: (لدفع ضرر عام) كالحجر على الطبيب الجاهل، والمكاري المفلس، والمفتي الماجن، وهذا يرجع إلى العامة.

قوله: (وقالا: لا ينبغي أن يكريه لشيء من ذلك) أي: لا يجوز، وبه قالت

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ. وَلَهُ: أَنَّ الإِجَارَةَ تَرِدُ عَلَى مَنْفَعَةِ الْبَيْتِ، وَلِهَذَا تَجِبُ الأُجْرَةُ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ، وَلَا مَعْصِيَةَ فِيهِ، وَإِنَّمَا الْمَعْصِيَةُ بِفِعْلِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَهُوَ مُخْتَارٌ فِيهِ، فَقَطَعَ نِسْبَتَهُ عَنْهُ، وَإِنَّمَا قَيَّدَهُ بِالسَّوَادِ، لِأَنَّهُمْ لَا يُمَكَّنُونَ مِن اتِّخَاذِ الْبِيَعِ وَالْكَنَائِسِ وَإِظْهَارِ بَيْعِ الْخُمُورِ وَالْخَنَازِيرِ فِي الأَمْصَارِ، لِظُهُورِ شَعَائِرِ الإِسْلَامِ فِيهَا. بِخِلَافِ السَّوَادِ. قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي سَوَادِ الْكُوفَةِ، لِأَنَّ غَالِبَ أَهْلِهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ.

فَأَمَّا فِي سَوَادِنَا: فَأَعْلَامُ الإِسْلَامِ فِيهَا ظَاهِرَةٌ، فَلَا يُمَكَّنُونَ فِيهَا أَيْضًا، وَهُوَ الأَصَحُّ.

قَالَ: (وَمَنْ حَمَلَ لِذِمِّيٍّ خَمْرًا، فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُ الأَجْرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَعَنَ فِي الْخَمْرِ عَشْرًا حَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَ إِلَيْهِ لَهُ: أَنَّ الْمَعْصِيَةَ فِي شُرْبِهَا وَهُوَ فِعْلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ، وَلَيْسَ الشُّرْبُ مِن ضَرُورَاتِ الْحَمْلِ وَلَا يُقْصَدُ بِهِ،

الأئمة الثلاثة؛ لأنه إعانة على المعصية، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة:٢].

قوله: (فقطع نسبته عنه) أي: عن العقد.

قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد يكره) وبه قالت الأئمة الثلاثة، ولا يجوز العقد عندهم، وعلى هذا الخلاف إذا استأجر من مسلم دابة أو سفينة لينقل عليها خمرًا، أو استأجره ليرعى خنازيره. ذكره شيخ الإسلام.

قوله: (وليس الشرب من ضرورات الحمل)؛ لأن الشرب قد يوجد بدون الحمل، والحمل قد يوجد بلا شرب، بأن يكون الحمل للإراقة أو للصب في الخل ليتخلل، فلم تكن المعصية من لوازمه، بل المعصية توجد باختيار الفاعل، فلم يوجب كراهة الحمل، فصار كما لو استأجره ليعصر العنب أو لقطعه، وهذا قياس، وقولهما استحسان.

وقال محمد في الأصل: أجَّر مسلمٌ دارَهُ ليسكنها، فشُرِب فيها الخمرُ أو عُبِد فيها الصليبُ لم يَلْحَقِ المسلمَ إثمٌ؛ لأن المعصية في قصد المستأجر لا رب

وَالحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الحَمْلِ المَقْرُونِ بِقَصْدِ المَعْصِيَةِ.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِبَيْعِ بِنَاءِ بُيُوتِ مَكَّةَ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ أَرْضِهَا)، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا بَأسَ بِبَيْعِ أَرْضِهَا أَيْضًا. وَهَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ، لِظُهُورِ الِاخْتِصَاصِ الشَّرْعِيِّ بِهَا فَصَارَ كَالبِنَاءِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلَا إِنَّ مَكَّةَ حَرَامٌ لَا تُبَاعُ رِبَاعُهَا وَلَا تُورَثُ» وَلِأَنَّهَا حُرَّةٌ مُحْتَرَمَةٌ، لِأَنَّهَا

الدار، فلا إثم عليه.

وقال الإمام السرخسي[١]: وهذا كمن باع جارية ممن لا يستبرئها أو يأتيها في غير المأتى لم يلحق البائعَ إثمٌ، وكذا لو باع غلامه من فاسق يقصد الفاحشة به لا يلحقه إثم، ولو كان مستأجر الدار مسلمًا فظهر منه فسق فيها، أو كان يجمع الناس فيها على الشر منعه رب الدار على سبيل النهي عن المنكر؛ لأنه فرض على كل مسلم، ولا يخرجه من الدار مسلمًا كان أو ذميًّا؛ لأن عقد الإجارة لازم لا يفسخ إلا بعذر، والعذر ضرر يزول بفسخ الإجارة، وهذا ليس من ذلك، ولهذا لو باعه الدار لا يفسخ البيع بما ظهر منه، فكذا الإجارة. كذا ذكره فخر الإسلام والمحبوبي.

قوله: (هذا عند أبي حنيفة) وبه قال مالك وأحمد في رواية، وقال: لا بأس ببيع أرضها، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية.

قوله: (لظهور الاختصاص بها شرعًا) يؤيده قوله ﷺ: **«وهَلْ تركَ لنا عَقيلٌ مِن دَارٍ»**[٢]! وفي رواية[٣] «مِنْ رِبَاعٍ» وهذا دليل على أن عقار مكة عرضة التملك والتمليك.

قال شمس الأئمة: استولى عليها فملكها، وقد تعارف الناس بيع الأراضي والدور بمكة من غير نكير.

(ولأنها حرة) أي: خالصة لله تعالى، ووقف الخليل عليه السلام موضع الحرم.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٦/ ٣٩).
(٢) أخرجه مسلم (٢/ ٩٨٤ رقم ١٣٥١) من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنهما.
(٣) هي عند مسلم في الموضع المذكور.

فِنَاءُ الكَعْبَةِ. وَقَدْ ظَهَرَ آيَةُ أَثَرِ التَّعْظِيمِ فِيهَا حَتَّى لَا يُنَفَّرَ صَيْدُهَا، وَلَا يُخْتَلَى خَلَاهَا، وَلَا يُعْضَدُ شَوْكُهَا، فَكَذَا فِي حَقِّ البَيْعِ، بِخِلَافِ البِنَاءِ؛ لِأَنَّهُ خَالِصُ مِلْكِ البَانِي. وَيُكْرَهُ إِجَارَتُهَا أَيْضًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ آجَرَ أَرْضَ مَكَّةَ فَكَأَنَّمَا أَكَلَ الرِّبَا» وَلِأَنَّ أَرَاضِيَ مَكَّةَ تُسَمَّى السَّوَائِبَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مَنِ احْتَاجَ إِلَيْهَا سَكَنَهَا، وَمَنِ اسْتَغْنَى عَنْهَا أُسْكِنَ غَيْرُهُ (وَمَنْ وَضَعَ دِرْهَمًا عِنْدَ بَقَّالٍ يَأْخُذُ مِنْهُ مَا شَاءَ، يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّهُ مَلَّكَهُ قَرْضًا جَرَّ بِهِ نَفْعًا، وَهُوَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ حَالًّا فَحَالًّا. «وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا»، وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْتَوْدِعَهُ، ثُمَّ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ جُزْءًا فَجُزْءًا؛ لِأَنَّهُ وَدِيعَةٌ وَلَيْسَ بِقَرْضٍ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ لَا شَيْءَ عَلَى الآخِذِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ: [التَّعْشِيرُ وَالنَّقْطُ في المُصْحَفِ]

قَالَ: (وَيُكْرَهُ التَّعْشِيرُ وَالنَّقْطُ فِي المُصْحَفِ) لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ ﷺ: جَرِّدُوا القُرْآنَ. وَيُرْوَى: جَرِّدُوا المَصَاحِفَ. وَفِي التَّعْشِيرِ وَالنَّقْطِ تَرْكُ التَّجْرِيدِ. وَلِأَنَّ التَّعْشِيرَ يُخِلُّ بِحِفْظِ الآيِ، وَالنَّقْطُ بِحِفْظِ الإِعْرَابِ، اتِّكَالًا عَلَيْهِ فَيُكْرَهُ. قَالُوا: فِي زَمَانِنَا لَا

قوله: (**وينبغي أن يستودعه**) يعني الحيلة [٢/٤٢٨/أ] أن لا يكره، لو أراد ذلك يستودع البقال درهمًا، (**ثم يأخذ منه**) شيئًا فشيئًا، يملك ما أعطاه (**جُزءًا فجُزءًا**) بمقابلة ما يأخذه، (**حتى لو هلك**) الدرهم، أي: ضاع لا شيء على البقال؛ لأنه أودعه وليس بقرض. كذا في الإيضاح.

وفي النوازل: عجل البقال درهمًا ليأخذ منه شيئًا فشيئًا لا بأس به ما لم يشترط عليه؛ لأنه إنما يدفعه ليأخذ منه متفرقًا، ولو أقرضه إياه بلا شرط لا بأس به، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه.

(مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ)

تعشير المصحف: جعل العواشر فيه.

قوله: (**يُخل بحفظ**) أي: بالتعشير تُحْفَظ الآيُ، وبالنَّقْط يُحفَظ الإعرابُ، فكانا حَسَنَين، وعلى هذا كتابة أسامي السّور، وعدد آيِ السّور، فهي وإن كان

بُدَّ لِلْعَجَمِ مِن دَلَالَةٍ. فَتَرْكُ ذَلِكَ إِخْلَالٌ بِالحِفْظِ وَهِجْرَانٌ لِلْقُرْآنِ فَيَكُونُ حَسَنًا . قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِتَحْلِيَةِ المُصْحَفَ) لِمَا فِيهِ مِن تَعْظِيمِهِ. وَصَارَ كَنَقْشِ المَسْجِدِ وَتَزْيِينِهِ بِمَاءِ

إحداثًا فهو بدعة حسنة، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان. كذا ذكره التمرتاشي.

وفي المحيط: قراءة القرآن أشرف الأذكار، ولهذا قالوا إنه ﷺ كره رفع الصوت عند قراءة القرآن، وعند الجنائز، ومن عادة أصحاب النبي ﷺ كراهة رفع الأصوات عند الجنائز.

وقوله: القرآنُ ذكرٌ، ومن المشايخ من قال: ختم القرآن بالجماعة بالأجزاء الثلاثين مكروه؛ لما فيه من الغلط.

وفي المجتبى: والعامة جوزوه بدعة حسنة ضرورة إحراز فضل الختم في ساعة، وقراءة القرآن للدنيا مكروهة، والأفضل أن لا يُعطِي للقارئ شيئًا.

وفي الواقعات: يمنع القارئ، والآخذ والمعطي آثمان، وكتابته على الجدران والمحاريب ليس بمستحسن، والذكر من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس(١) أفضل من قراءة القرآن.

وقيل: تستحب القراءة عند طلوع الشمس وعند غروبها، ولو تغنى بالقرآن ولم يخرج بألحانه عن قدر صحيح في العربية مستحسن.

قال فخر الإسلام: قراءة الماشي والمحترف تجوز إذا لم يشغله ذلك، ولا بأس بقراءة الإمام عقيب الصلاة آية الكرسي وخواتيم سورة البقرة جهرًا، والإخفاء أفضل، ومَدُّ الرِّجْل إلى مصحف ليس بحذائه أو معلقًا فوقه لا يكره، وقراءة الفاتحة بعد الصلاة للمهمات بدعة، لكنها مستحسنة للعادة، ولا يجوز المنع منها.

ويجوز كتابة الآية والآيتين بالفارسية، والأكثر منه لا يجوز.

قال الرازي: أخاف أن يكون زنديقًا أو مجنونًا، فالمجنون يشد، والزنديق يعقل، ويكره كتابة التفسير بالفارسية في المصحف كما يعتاده البعض، ورخص

---

(١) في الأصل: (الفجر) والمثبت من النسخة الثانية.

الذَّهَبِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِن قَبْلُ.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِأَنْ يَدْخُلَ أَهْلُ الذِّمَّةِ المَسْجِدَ الحَرَامَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ ذَلِكَ: وَقَالَ مَالِكٌ: يُكْرَهُ فِي كُلِّ مَسْجِدٍ. لِلشَّافِعِيِّ قَوْله تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَـٰذَا﴾ [التوبة: ٢٨] وَلِأَنَّ الكَافِرَ لَا يَخْلُو عَنْ جَنَابَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَغْتَسِلُ اغْتِسَالًا يُخْرِجُهُ عَنْهَا، وَالجُنُبُ يَجْنَبُ المَسْجِدَ، وَبِهَذَا يَحْتَجُّ مَالِكٌ، وَالتَّعْلِيلُ بِالنَّجَاسَةِ عَامٌّ فَيَنْتَظِمُ المَسَاجِدَ كُلَّهَا. وَلَنَا: مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنْزَلَ وَفْدَ ثَقِيفٍ فِي مَسْجِدِهِ ....

فيه الهندواني، وما كتب سلمان الفاتحة بالفارسية لأهل فارس كان للضرورة.

وعن أبي حنيفة: القصص مكروه، أو محدث الناس بما ليس له أصل معروف من أحاديث الأولين، أو يزيد أو ينقص، أو يعظ الناس بما لم(١) يتعظ به وقلبه ساهٍ، فأما ما سواه فغير مكروه.

قال نجم الدين الحفصي: يريد به الزيادة في أصله والنقصان منه، أما التزيين بالعبارات اللطيفة المرققة، والشرح للفوائد التي يتضمنها الكلام فذاك حسن.

ولا بأس بنثر الدراهم التي كتب فيها اسم الله تعالى، ولا بأس بوضع القرطاس الذي كتب [فيه](٢) اسم الله تعالى تحت الطنفسة.

وفي جامع شمس الأئمة: الرسائل والآثار والكتب التي لا منفعة فيها فيمحى عنها اسم الله تعالى وملائكته ورسله وتحرق بالنار، ولو ألقاها في الماء الجاري أو دفنها لا بأس به، والدفن أحسن، كما في الأنبياء والأولياء إذا ماتوا، وكذا جمع الكتب إذا بليت وخرجت عن الانتفاع.

قوله: (وقد ذكرنا من قبل) أي: في كتاب الصلاة، وفي أوائل فصل الأكل والشرب.

قوله: (وقال الشافعي...) إلى آخره، وبه قال أحمد.

---

(١) في الأصل: (بها لما) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَهُمْ كُفَّارٌ» وَلِأَنَّ الخُبْثَ فِي اعْتِقَادِهِمْ، فَلَا يُؤَدِّي إِلَى تَلْوِيثِ المَسْجِدِ. وَالآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الحُضُورِ اسْتِيلَاءً وَاسْتِعْلَاءً، أَوْ طَائِفِينَ عُرَاةً كَمَا كَانَتْ عَادَتُهُمْ فِي الجَاهِلِيَّةِ. قَالَ: (وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ الخُصْيَانِ)؛ لِأَنَّ الرَّغْبَةَ فِي اسْتِخْدَامِهِمْ حَثُّ النَّاسِ عَلَى هَذَا الصَّنِيعِ، وَهُوَ مُثْلَةٌ مُحَرَّمَةٌ. قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِخِصَاءِ البَهَائِمِ، وَإِنْزَاءِ

قوله: (وهم كفار) أي: وفد الثقيف، وضرب لهم خيمة فقالت الصحابة: قوم أنجاس، فقال ﷺ: «**ليسَ علَى الأرضِ [من]**[١] أنجاسِهِمْ شيءٌ، إنّما أنجاسُهمْ علَى أنفسِهِمْ»[٢].

وروي أن أبا سفيان دخل مسجد رسول الله ﷺ في حال كفره لتجديد عهد الهدنة، وهذا (**لأن الخبث في اعتقادهم**)، فلا يفضي إلى تنجيس المسجد.

(**والآيةُ محمولةٌ على الحضورِ استيلاءً**) أي: على منعهم أن يدخلوها مستولين، وعلى أهل الإسلام مُستَعلين من حيث التدبير والقيام بعمارة المسجد، فإنَّ قبل الفتح كانت الولاية والاستعلاء لهم، ولم يبقَ ذلك بعد الفتح.

قوله: (وهو مُثْلَةٌ مُحرّمة) فإن المثلة حرام بالإجماع.

قوله: (ولا بأس بإخصاء البهائم) والصواب بخصاء البهائم. ذكره في المغرب[٣].

لا يبيح ذلك في الخيل مالك، وقال: إنه يضعفها [٢/ ٤٢٨/ ب] في الغزو، وهو المقصود الأعظم، ويقطع نسلها، وقد رغب في تربيتها والقيام بها لحاجتها في الجهاد. ذكره في الجواهر.

وعن عمر أنه نهى عن إخصاء الفرس، وعن علي مرفوعًا: «**إنّما يفعلُ ذلِكَ مَن لا خلاقَ لهُ في الآخِرَة**»[٤].

---

(١) ليست بالنسختين، وأثبتناها من المصادر.
(٢) أخرجه الطحاوي (١/ ١٣ رقم ٩) بسنده عن الحسن مرسلًا.
(٣) المغرب للمطرزي (ص: ١٤٧).
(٤) ذكره بلفظه السرخسي في شرح السير الكبير (ص: ٨٢) وبنحوه أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٢٧١ رقم ٥٣١٨).

الحَمِيرِ عَلَى الخَيْلِ)؛ لِأَنَّ فِي الأَوَّلِ مَنْفَعَةً لِلْبَهِيمَةِ وَالنَّاسِ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَكِبَ البَغْلَةَ» فَلَوْ كَانَ هَذَا الفِعْلُ حَرَامًا لَمَا رَكِبَهَا، لِمَا فِيهِ مِن فَتْحِ بَابِهِ.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِعِيَادَةِ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ)؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ بِرٍّ فِي حَقِّهِمْ، وَمَا نُهِينَا عَنْ ذَلِكَ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَادَ يَهُودِيًّا مَرِضَ بِجِوَارِهِ».

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ: أَسْأَلُك بِمَعْقِدِ العِزِّ مِن عَرْشِك) وَلِلْمَسْأَلَةِ عِبَارَتَانِ: هَذِهِ، وَمَقْعَدُ العِزِّ، وَلَا رَيْبَ فِي كَرَاهَةِ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهُ مِن القُعُودِ، وَكَذَا الأُوْلَى؛ لِأَنَّهُ يُوهِمُ تَعَلُّقَ عِزِّهِ بِالعَرْشِ، وَهُوَ مُحْدَثٌ. وَاَللَّهُ تَعَالَى بِجَمِيعِ صِفَاتِهِ قَدِيمٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا بَأسَ بِهِ. وَبِهِ أَخَذَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رَحِمَهُ اللَّهُ

وقلنا: إنه ﷺ ركب فرسًا [على هذه][١] [الصفة، وعمر إنما كره ذلك][٢]؛ لأن الخصاء يذهب صهيله لا لأنه حرام.

قوله: (لما فيه) أي: في الركوب **(فتح بابه)** وما روي أنه ﷺ «**نهى بَني هاشِمَ عن إنْزاءِ الحُمُرِ على الخيلِ**»[٣] لما أن الخيل كانت قليلة فيهم، فأحب أن تكثر فيهم الخيل، هكذا قاله عبد الله بن الحسن[٤].

قوله: (بعيادة اليهودي والنصراني) قيد بهما؛ لأن في عيادة المجوسي اختلاف المشايخ، على ما نبينه.

وذكر بلفظ **(لا بأس)** ليدل أن تركه أفضل، وعن بعض أصحاب الشافعي: الإسلام شرط لجواز العيادة، وما ذكر فيه أنه ﷺ عاد غلامًا يهوديًّا به اشتباه.

وقال صاحب الحلية[٥]: والصواب عندي أن يقال: عيادة الكافر في الجملة جائزة، والقربة فيها موقوفة على نوع حرمة يقترن بها من جوار أو قرابة،

---

(١) ما بين المعقوفتين ليس بالنسختين، وأثبتناه ليستقيم الكلام.
(٢) ما بين المعقوفتين ليس بالأصل، وأثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٢٥٧ رقم ١٧٠١) والنسائي (٦/ ٢٢٤ رقم ٣٥٨١) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٢٧١ رقم ٥٣٢١) وقال الترمذي: حسن صحيح.
(٤) في النسخة الثانية: (عبد الله بن أبي ضحى).
(٥) حلية العلماء للقفال (٢/ ٣٣٠).

لِأَنَّهُ مَأْثُورٌ عَن النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ . رُوِيَ أَنَّهُ كَانَ مِن دُعَائِهِ «اللَّهُمَّ إنِّي أَسْأَلُك بِمَعْقِدِ العِزِّ مِن عَرْشِك؛ وَمُنْتَهَى الرَّحْمَةِ مِن كِتَابِك، وَبِاسْمِك الأَعْظَمِ، وَجَدِّك الأَعْلَى، وَكَلِمَاتِك التَّامَّةِ» وَلَكِنَّا نَقُولُ: هَذَا خَبَرٌ وَاحِدٍ، فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ فِي الِامْتِنَاعِ (وَيُكْرَهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ فِي دُعَائِهِ: بِحَقِّ فُلَانٍ، أَوْ بِحَقِّ أَنْبِيَائك وَرُسُلِك)؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمَخْلُوقِ عَلَى الخالِقِ.

روي أن يهوديًّا مرض بجوار النبي ﷺ فعاده وقعد عند رأسه وقال له: «**قلْ لا إلهَ إلَّا الله محمدٌ رسولُ اللهِ**» فنظر المريض إلى أبيه فقال له أبوه: أجبه، فأجابه وشهد، فقال ﷺ: «**الحمدُ للهِ الذي أنقذَ بي نَسَمَةً مِن النّارِ**»[(١)].

ولأن العيادة شرعت برًّا وصلةً، ولا بأس ببر أهل الكتاب، قال الله تعالى: ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ﴾ [الممتحنة:٨] الآية، وقيل: لا يجوز؛ لأن المجوس أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى، ولهذا لا تحل ذبيحة المجوسي ونكاحهم.

واختلفوا في عيادة الفاسق أيضًا، والأصح أنه لا بأس به؛ لأنه مسلم، والعيادة من حقوق المسلمين، ولو مات ليهودي أو مجوسي جاره أو قريبه ينبغي أن نعزّيه ونقول: أخلف الله عليك خيرًا منه، وأصلحك بالإسلام، ورزقك ولدًا مسلمًا. ذكره في النوادر.

ويكره أن يبدأ بالسلامِ الكافرَ، ولا يكره رد الجواب، ولكن لا يزيد على قوله: وعليكم، ولا خلافَ فيه، وإن كان للمسلم حاجة عنده فلا بأس بالسلام عليه.

قوله: (**لأنه مأثور**) فإنه روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ [قال][(٢)] «اثنتا عشرةَ ركعةً من صلاها في ليل أو نهار، وقرأ في كل ركعة فاتحة الكتاب وسورةً، وتَشَهَّدَ في كل ركعتين وسلم، ثم سلم بعد التشهد من الركعتين الأخيرتين قبل السلام، ويقرأ فاتحة الكتاب سبع مرات، وآية الكرسي سبع

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ اللَّعِبُ بِالشِّطْرَنْجِ، وَالنَّرْدِ، وَالأَرْبَعَةَ عَشَرَ وَكُلُّ لَهْوٍ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ قَامَرَ بِهَا فَالمَيْسِرُ حَرَامٌ بِالنَّصِّ، وَهُوَ اسْمٌ لِكُلِّ قِمَارٍ، وَإِنْ لَمْ يُقَامِرْ فَهُوَ عَبَثٌ وَلَهْوٌ.

وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَهْوُ المُؤْمِنِ بَاطِلٌ إِلَّا الثَّلَاثُ: تَأْدِيبُهُ لِفَرَسِهِ، وَمُنَاضَلَتُهُ عَنْ قَوْسِهِ، وَمُلَاعَبَتُهُ مَعَ أَهْلِهِ» وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: يُبَاحُ اللَّعِبُ بِالشِّطْرَنْجِ، لِمَا فِيهِ مِن تَشْحِيذِ الخَوَاطِرِ، وَتَذْكِيَةِ الأَفْهَامِ، وَهُوَ مَحْكِيٌّ عَنْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. لَنَا:

مرات، ويقول: لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير عشر مرات، ثم يقول: اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك، ومنتهى الرحمة من كتابك، وباسمك الأعظم، وجَدِّكَ الأعلى، وكلماتك التامة أن تقضي حاجتي فالله تعالى يقضي حاجته» ثم قال ﷺ: «**لا تُعلِّموهَا السّفهاءَ؛ لأنهَا دعوةٌ مستجابةٌ**»[١] والأحوط جواب الكتاب. كذا في جامع قاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي.

قوله: (ويكره اللعب...) إلى آخره، أي: يحرم بدليل قرانه بالنرد والأربعة عشر، وكل منها حرام بالإجماع بلا خلاف، وهو محكي عن الشافعي. قال سهل بن محمد الصعلوكي رئيس أصحاب الشافعي: يباح إذا سلمت اليد من الخسران، والصلاة من النسيان، واللسان من الهذيان، فهو أدب بين الخلان.

وفي الحلية[٢]: ويكره اللعب بالشطرنج، ولا يحرم إذا لم يكن على عوض، ولم يترك به فرض صلاة، ولم يتكلم عليه بسخف، وهو معنى قول الصعلوكي: ولو أكثر به ردت شهادته، وبه قال مالك وأحمد، وكذا لو لعب به على الطريق ومع الأوباش يحرم. أما لو لعب به مع الأمناء **(من تشحيذ الخواطر، وتذكية[٣] الأفهام)** من غير إدمان لا يحرم.

وفي المجتبى: وقول الشافعي رواية عن أبي يوسف، ولنا ما ذكر من الحديث في المتن، ومر ابن عمر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلّم عليهم،

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) حلية العلماء للقفال (٨/ ٢٥٠).

(٣) في الأصول: (تذكير) والمثبت من المتن.

قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ لَعِبَ بِالشِّطْرَنْجِ وَالنَّرْدَشِيرِ فَكَأَنَّمَا غَمَسَ يَدَهُ فِي دَمِ الخِنْزِيرِ» وَلِأَنَّهُ نَوْعُ لَعِبٍ يَصُدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الجُمَعِ وَالجَمَاعَاتِ فَيَكُونُ حَرَامًا، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَا أَلْهَاكَ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ فَهُوَ مَيْسِرٌ» ثُمَّ إِنْ قَامَرَ بِهِ تَسْقُطُ عَدَالَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُقَامِرْ: لَا تَسْقُطُ؛ لِأَنَّهُ مُتَأَوَّلٌ فِيهِ. وَكَرِهَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ التَّسْلِيمَ عَلَيْهِمْ، تَحْذِيرًا لَهُمْ، وَلَمْ يَرَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بِهِ بَأْسًا لِيَشْغَلَهُمْ عَمَّا هُمْ فِيهِ.

وقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون! ولأنه لعب يصد عن ذكر الله، فيكون مكروهًا، وأما منفعته فمغلوبة تابعة، والعبرة للغالب في التحريم.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ [البقرة:٢١٩] فاعتبر الغالب في التحريم، وهل رأيت صاحب الشطرنج يصلي فضلًا عن الجماعة؟ ولأن النرد حرام بإجماع المسلمين وإن خلا عن القمار؛ لأنه عبث [٢/٤٢٩/أ] وقد قال تعالى: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَٰكُمْ عَبَثًا﴾ [المؤمنون:١١٥] وقد قال ﷺ: «**كُلُّ لَعِبِ ابنِ آدمَ حرامٌ إلّا ثلاثةٌ: ملاعبةُ الرجلِ معَ أهلِهِ، وتأديبُهُ لفرسِهِ، ومناضلةٌ بقوسِهِ**»(١) والشطرنج لعب(٢) مثل الثلاثة.

ثم المسابقة في الخيل والإبل والرمي جائزة بالسنة وإجماع الأمة.

وإن شرط المال من جانب واحد بأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك كذا، وإن سبقتك فلا شيء لي.

وحكي عن مالك: لا يجوز؛ لأنه قمار، وإن كان اشتراط العوض من الإمام يجوز بالإجماع؛ لأن هذا مما يحتاج إليه، ولأنه حث على الجهاد، وحرم لو شرط المال من الجانبين بالإجماع، إلا [إذا](٣) أدخلا ثالثًا بينهما وقالا للثالث: إن سبقتنا فالمالان لك، وإن سبقناك فلا شيء لك، وهو فيما بينهما أيهما سبق أخذ الجعل عن صاحبه.

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) كذا بالأصول، ولعل الصواب: (ليس).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِقَبُولِ هَدِيَّةِ العَبْدِ التَّاجِرِ، وَإِجَابَةِ دَعْوَتِهِ، وَاسْتِعَارَةِ دَابَّتِهِ.

وسأل أشهب مالكًا عن المحلل قال: لا أحبه، ولنا ما روى أبو هريرة أنه ﷺ قال: «**مَنْ أدخلَ فرسًا بينَ فرَسينِ وهو لا يَأمَنُ أن يسبقَ فليسَ قمارًا وإنْ أمِنَ أن يَسبِقَ فهوَ قِمارٌ**» رواه أبو داود[١]، فلهذا يشترط أن يكون فرس المحلل أو بعيره مكافئًا بفرسيهما أو بعيرهما، وإن لم يكن مكافئًا بأن كان أحدهما بطيئًا فهو قمار، قال محمد: إدخال الثالث إنما يكون حيلة إذا توهم سبقه. ذكره في التتمة.

ويشترط في المسابقة في الحيوان تحديد المسافة، وكذا في المناضلة في الرمي، وسمى الرمي نضالًا؛ لأن السهم التام يسمى نضلًا.

والمسابقة بالأقدام تجوز إذا كان المال مشروطًا من جانب واحد، و[به][٢] قال الشافعي في قول، وقال في المنصوص: لا يجوز، وبه قال مالك وأحمد إذا كان بِجُعْلٍ؛ لما روى أبو هريرة أنه ﷺ قال: «**لَا سَبْقَ إلّا في نَصْلٍ أو خُفٍّ أو حافِرٍ**» رواه أبو داود[٣]، فبقي السبق في غير هذه الثلاثة، ولما أنه ﷺ سابق عائشة، وصارع ركانة.

والمراد بحديث أبي هريرة أنه لا حاجة في المسابقة في الجهاد إلا في هذه الثلاثة، وقال مالك وأحمد: يمكن أن يكون المراد نفي الجعل.

ولا تجوز المسابقة في البغال والحمير، وبه قال الشافعي في قول وأحمد ومالك، إلا إذا كان بجعل، وقال الشافعي في قول: يجوز.

وفي الذخيرة: المتفقهة إذا قال [واحد][٤] لآخر: إن كان الجواب كما قلتَ أعطيتك كذا، وإن كان الجواب كما قلتُ فلا آخذ منك شيئًا يجوز،

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠ رقم ٢٥٧٩) من حديث أبي هريرة ؓ قال ابن حجر في بلوغ المرام (ص: ٤٠٢ رقم ١٣٣١): إسناده ضعيف.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩ رقم ٢٥٧٤) والترمذي (٣/ ٢٥٧ رقم ١٧٠٠) وابن ماجه (٢/ ٩٦٠ رقم ٢٨٧٨) والنسائي (٦/ ٢٢٦ رقم ٣٥٨٥) من حديث أبي هريرة ؓ قال ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٤١٨) قال الترمذي: حديث حسن.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَتُكْرَهُ كِسْوَتُهُ الثَّوْبَ، وَهَدِيَّتُهُ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: كُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ وَالعَبْدُ لَيْسَ مِن أَهْلِهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَبِلَ هَدِيَّةَ سَلْمَانَ ﷺ حِينَ كَانَ عَبْدًا، وَقَبِلَ هَدِيَّةَ بَرِيرَةَ ﷺ وَكَانَتْ مُكَاتَبَةً» وَأَجَابَ رَهْطٌ مِن الصَّحَابَةِ ﷺ دَعْوَةَ مَوْلَى أَبِي أُسَيْدٍ وَكَانَ عَبْدًا، وَلِأَنَّ فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ ضَرُورَةً لَا يَجِدُ التَّاجِرُ بُدًّا مِنهَا، وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِن ضَرُورَاتِهِ، وَلَا ضَرُورَةَ فِي الكِسْوَةِ وَإِهْدَاءِ الدَّرَاهِمِ، فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ لَقِيطٌ لَا أَبَ لَهُ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ قَبْضُهُ الهِبَةَ، وَالصَّدَقَةَ لَهُ) وَأَصْلُ هَذَا: أَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الصِّغَارِ، أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: نَوْعٌ هُوَ مِن بَابِ الوِلَايَةِ، لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا مَنْ هُوَ وَلِيٌّ، كَالإِنْكَاحِ وَالشِّرَاءِ وَالبَيْعِ لِأَمْوَالِ القُنْيَةِ؛ لِأَنَّ الوَلِيَّ هُوَ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ، وَنَوْعٌ آخَرُ مَا كَانَ مِن ضَرُورَةِ حَالِ الصِّغَارِ وَهُوَ شِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لِلصَّغِيرِ مِنهُ وَبَيْعُهُ وَإِجَارَةُ الأَظْآرِ ....

والقياس: كله باطل، ويجوز استحسانًا؛ لما فيه حثه على معنى يرجع إلى الجهاد، وكذا في المتفقهة حث على الجهد في التعلم.

قوله: (وفي القياس: كلُّ ذلك) وبه قالت الأئمة الثلاثة، إلا أن أحمد يجوز دعوته، وقد مر في المأذون.

قوله: (لا أب له) هذا قيد غير لازم، فإن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فالزوج يقبض الهبة لها يجوز؛ لأنه نفع محض، فلا يشترط الولاية. كذا ذكره فخر الإسلام، وقد مر بيان الاختلاف في باب اللقيط.

(القُنْيَة): أصل مال للنسل لا للتجارة.

قوله: (وإجارة الأظآر) وفي أكثر النسخ: (وإجارة الصغار) ويوافق لرواية الكافي وغيره. وفي النهاية: ولا يقال: هذه المسألة مناقضة لرواية بعدها بقوله: **(ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره)**(١)؛ لأن كل واحدة محمولة على حالة، فجواز إجارته محمول على حالة الضرورة، بدليل عدها من الضرورة، وعدم جوازها في غير حالة الضرورة، أو في المسألة روايتان، أو نقول: المراد بقوله: (وإجارة الصغار)

(١) انظر المتن ص ١١٩.

وَذَلِكَ جَائِزٌ مِمَّنْ يَعُولُهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ كَالأَخِ وَالعَمِّ وَالأُمِّ، وَالمُلْتَقِطُ إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهِمْ. وَإِذَا مَلَكَ هَؤُلَاءِ هَذَا النَّوْعَ فَالوَلِيُّ أَوْلَى بِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِي حَقِّ الوَلِيِّ أَنْ يَكُونَ الصَّبِيُّ فِي حِجْرِهِ، وَنَوْعٌ ثَالِثٌ: مَا هُوَ نَفْعٌ مَحْضٌ، كَقَبُولِ الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالقَبْضِ، فَهَذَا يَمْلِكُهُ المُلْتَقِطُ وَالأَخُ وَالعَمُّ وَالصَّبِيُّ بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ، لِأَنَّ اللَّائِقَ بِالحِكْمَةِ فَتْحُ بَابِ مِثْلِهِ نَظَرًا لِلصَّبِيِّ، فَيَمْلِكُ بِالعَقْلِ وَالوِلَايَةِ وَالحِجْرِ وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الإِنْفَاقِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يُؤَاجِرَهُ، وَيَجُوزُ لِلأُمِّ أَنْ تُؤَاجِرَ ابْنَهَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهَا، وَلَا يَجُوزُ لِلْعَمِّ)؛ لِأَنَّ الأُمَّ تَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ بِاسْتِخْدَامٍ، وَلَا كَذَلِكَ المُلْتَقِطُ وَالعَمُّ (وَلَوْ أَجَّرَ الصَّبِيُّ نَفْسَهُ: لَا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّهُ مَشُوبٌ بِالضَّرَرِ (إِلَّا إِذَا فَرَغَ مِن العَمَلِ)؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ تَمَحَّضَ نَفْعًا، فَيَجِبُ المُسَمَّى، وَهُوَ نَظِيرُ العَبْدِ المَحْجُورِ يُؤَاجِرُ نَفْسَهُ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلُ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ الرَّايَةَ) وَيَرْوُونَ الدَّايَةَ، وَهُوَ: طَوْقُ الحَدِيدِ الَّذِي يَمْنَعُهُ مِن أَنْ يُحَرِّكَ رَأْسَهُ، وَهُوَ مُعْتَادٌ بَيْنَ الظَّلَمَةِ؛ لِأَنَّهُ عُقُوبَةُ أَهْلِ النَّارِ، فَيُكْرَهُ كَالإِحْرَاقِ بِالنَّارِ (وَلَا يُكْرَهُ أَنْ يُقَيِّدَهُ) لِأَنَّهُ سُنَّةُ المُسْلِمِينَ فِي

تسليمهم للصناعة حتى يكون جنس ما لا بد للصغار منه، وبعضهم لم يقدروا على دفع المناقضة غيروا لفظ الكتاب بقوله: (وإجارة الأظآر)، والأول أصح.

قوله: (**ولا يجوز للعم**) وإن كان في حجره، وكذا لا يجوز للمُلتقِط.

وفي الكافي: لو كان الصغير في عيال العم، فأجَّرته أمه [صح][1] عند أبي يوسف؛ لأنه من الحفظ، وقال محمد: لا يجوز؛ لأن الحفظ هنا للعم.

قوله: (**ولو أجّر الصبي نفسه لا يجوز**) أي: لا يلزم.

وفي المغرب[2]: راية الغلام: غُلٌّ يُجعَل في عنقه يُعلَم بها أنه آبق، ويروى: (الداية) بالدال، وهو غلط.

قوله: (**لأنه عقوبة أهل النار**) أي: الكفار (**فيكره كالإحراق بالنار**) وقال ﷺ:

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٢٠٥).

السُّفَهَاءِ وَأَهْلِ الدَّعَارَةِ، فَلَا يُكْرَهُ فِي العَبْدِ، تَحَرُّزًا عَنْ إِبَاقِهِ وَصِيَانَةً لِمَالِهِ.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِالحُقْنَةِ يُرِيدُ بِهِ التَّدَاوِيَ) لِأَنَّ التَّدَاوِيَ مُبَاحٌ بِالإِجْمَاعِ، وَقَدْ وَرَدَ بِإِبَاحَتِهِ الحَدِيثُ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعْمَلَ

«**لَا تُعذِّبوا بِعَذابِ اللهِ تَعالَى**»(١) ولأنه مُحدَثٌ، وشر الأمور مُحدَثاتُها، وقال ﷺ: «**كلُّ مُحدثةٍ بدعةٌ، وكلُّ بدعةٍ ضلالةٌ، وكلُّ ضلالةٍ في النارِ**»(٢).

وفي المحيط وفتاوى قاضي خان: هذا في [٢/ ٤٢٩/ب] زمانهم لقلة الإباق فيهم، أما في زماننا لا يكره؛ لغلبة الإباق فيهم، خصوصًا في الهنود، فصار كالقيد.

قوله: (**يريد به التداوي**) وقيد به؛ لأنه لو أراد به التسمين لا يباح (**وقد ورد بإباحته**) أي: بإباحة التداوي (**الحديث**) وهو ما روي أنه ﷺ قال: «**تَداوَوْا عبادَ اللهِ، فإنّ اللهَ تعالَى ما أنزلَ داءً إلّا أنزلَ لهُ شِفاءً**» متفق عليه(٣). وفي رواية: «**ما خلقَ اللهُ تَعالَى داءً إلّا وقد خلقَ لهُ دواءً إلّا السّامَ والهَرَمَ**»(٤) وقال ﷺ: «**لِكُلِّ داءٍ دواءٌ، فإذا أُصيبَ دواءُ الدَّاءِ بَرِئَ بإذنِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ**»(٥).

وقد انعقد الإجماع عليه، والأمر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى، قال تعالى لمريم: ﴿وَهُزِّيٓ إِلَيۡكِ بِجِذۡعِ ٱلنَّخۡلَةِ﴾ [مريم:٢٥] الآية فالله تعالى قادر على أن يعطيها من غير هزها، وقال ﷺ لأعرابي: «**قَيِّدْها وتَوكَّلْ علَى اللهِ**»(٦) وعند أهل السنة والجماعة التوكل المأمور

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٦١ رقم ٣٠١٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠٠ رقم ٤٦٠٧) والترمذي (٤/ ٣٤٢ رقم ٢٦٧٧) من حديث العرباض ابن سارية رضي الله عنه وقال: حديث حسن.
(٣) بنحوه أخرجه البخاري (٧/ ١٢٢رقم ٥٦٧٨) من حديث أنس رضي الله عنه، ومسلم (٤/ ١٧٢٩ رقم ٢٢٠٤) من حديث جابر رضي الله عنه.
(٤) أخرجه الحاكم (١/ ٢٠٩ رقم ٤١٦) ابن حبان (١٣/ ٤٢٩ رقم ٦٠٦٤) من حديث أسامة بن شريك رضي الله عنه. وصححاه.
(٥) أخرجه مسلم (٤/ ١٧٢٩ رقم ٢٢٠٤) من حديث جابر رضي الله عنه.
(٦) أخرجه بنحوه الترمذي (٤/ ٢٤٩ رقم ٢٥١٧) من حديث أنس رضي الله عنه وقال: حديث غريب من حديث أنس، لا نعرفه إلا من هذا الوجه. والحديث له شواهد يحسن بها. وانظر التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان (٢/ ١٥٠ رقم ٧٢٩).

الْمُحَرَّمُ كَالْخَمْرِ وَنَحْوِهَا؛ لِأَنَّ الِاسْتِشْفَاءَ بِالْمُحَرَّمِ حَرَامٌ.

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِرِزْقِ الْقَاضِي) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَعَثَ عَتَّابَ بْنَ أُسَيْدٍ إِلَى مَكَّةَ وَفَرَضَ لَهُ، وَبَعَثَ عَلِيًّا إِلَى الْيَمَنِ وَفَرَضَ لَهُ وَلِأَنَّهُ مَحْبُوسٌ لِحَقِّ الْمُسْلِمِينَ، فَتَكُونُ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِمْ، وَهُوَ مَالُ بَيْتِ الْمَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحَبْسَ مِنْ أَسْبَابِ النَّفَقَةِ، كَمَا فِي الْوَصِيِّ وَالْمُضَارِبِ إِذَا سَافَرَ بِمَالِ الْمُضَارَبَةِ، وَهَذَا فِيمَا يَكُونُ كِفَايَةً، فَإِنْ كَانَ شَرْطًا فَهُوَ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى الطَّاعَةِ، إِذِ الْقَضَاءُ طَاعَةٌ

به بعد كسب الأسباب لا قبله.

قوله: (لأن الاستشفاء بالمُحرَّمِ حرام).

وذكر الصدر الشهيد أن الاستشفاء بالمحرم حرام، وبه قال مالك وأحمد.

وفي التهذيب للبغوي: يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوي إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه، ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه، وإن قال الطبيب: يتعجل شفاؤك به فيه وجهان، وهل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوي؟ قال: فيه وجهان.

وما قاله الصدر الشهيد بأن الاستشفاء بالمُحرَّم حرام ليس مجرى على إطلاقه، والاستشفاء بالمُحرَّم إنما لا يجوز إذا لم يعلم فيه شفاء، أما إذا علم فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز الاستشفاء؛ لأنه حينئذ تنكشف الحرمة، وما روي عن ابن مسعود محمول على ما إذا عرف له دواء غيره.

قوله: (وفرض له) أي: لعتاب أربعين أُوقِيَّةً، والأُوقِيَّة، بالتشديد: أربعون درهمًا، وكذا كان أبو بكر يأخذ كل يوم درهمًا وثلثي درهم، وعمر يأخذ كفايته، وتكلم العلماء رحمهم الله أنه ﷺ: مِنْ أيِّ مال فَرَضَ؟ ولم يكن يومئذ دواوين ولا بيت المال، فإن الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه.

قيل: فَرَضَه من الفيء، وقيل: من المال الذي أخذه من نصارى بني نجران، ومن الجزية التي أخذها من مجوس هجر.

قوله: (فإن كان شرطًا) بأن قال في ابتداء التقليد: إنما أقبل القضاء إذا رزقني الوالي في كل سنة كذا بمقابلة قضائي، وإلا فلا أقبل، فهو حرام؛ لأن

بَلْ هُوَ أَفْضَلُهَا، ثُمَّ القَاضِي إذَا كَانَ فَقِيرًا: فَالأَفْضَلُ بَل الوَاجِبُ الأَخْذُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ إقَامَةُ فَرْضِ القَضَاءِ إلَّا بِهِ، إذ الِاشْتِغَالُ بِالكَسْبِ يُقْعِدُهُ عَنْ إقَامَتِهِ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا. فَالأَفْضَلُ الِامْتِنَاعُ عَلَى مَا قِيلَ، رِفْقًا بِبَيْتِ المَالِ. وَقِيلَ: الأَخْذُ، وَهُوَ الأَصَحُّ، صِيَانَةً لِلْقَضَاءِ عَن الهَوَانِ، وَنَظَرًا لِمَنْ يُوَلَّى بَعْدَهُ مِن المُحْتَاجِينَ؛ لِأَنَّهُ إذَا انْقَطَعَ زَمَانًا يَتَعَذَّرُ إعَادَتُهُ، ثُمَّ تَسْمِيَتُهُ رِزْقًا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ بِقَدْرِ الكِفَايَةِ، وَقَدْ جَرَى الرَّسْمُ بِإِعْطَائِهِ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ؛ لِأَنَّ الخَرَاجَ يُؤْخَذُ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ، وَهُوَ يُعْطَى مِنْهُ، وَفِي زَمَانِنَا الخَرَاجُ يُؤْخَذُ فِي آخِرِ السَّنَةِ وَالمَأْخُوذُ مِن الخَرَاجِ خَرَاجُ السَّنَةِ المَاضِيَةِ، هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ اسْتَوْفَى رِزْقَ سَنَةٍ، وَعُزِلَ قَبْلَ اسْتِكْمَالِهَا، قِيلَ: هُوَ عَلَى الِاخْتِلَافِ مَعْرُوفٍ فِي نَفَقَةِ المَرْأَةِ إذَا مَاتَتْ فِي السَّنَةِ بَعْدَ اسْتِعْجَالِ نَفَقَةِ السَّنَةِ، وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ يَجِبُ الرَّدُّ.

القضاء أعظم الطاعات، فإذا بطل الاستئجار على سائر الطاعات فعلى هذه أحق، ولهذا لا ينعقد حكم القاضي بالرشوة، وإن كان لا ينعزل بالفسق عندنا، خلافًا للشافعي والمعتزلة، وقد مر في القضاء.

قوله: (فالأفضل الامتناع على ما قيل).

قال الصدر الشهيد: إن استعف فتنزه كان أفضل، قال تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:٦] الآية، وإن كان نزولها في وصي اليتيم، ولكن الوصي عامل لليتيم بسبب[١] ذلك الحكم في كل من يعمل لغيره بطريق الحسبة، وقد روي عن عثمان أنه لم يأخذ، وهذا كله إذا كان بيت المال جُمِعَ من حلال، أما إذا كان حرامًا جُمِعَ بباطل لم يحِلَّ أخذه؛ لأن سبيل الحرام والغصب رده، وليس ذلك بمال عامة المسلمين.

قوله: (هو الصحيح) وفي الكافي: وعليه الفتوى.

قوله: (على اختلاف معروف في نفقة المرأة) يعني على قول محمد يجب الرد، وعلى قول أبي يوسف لا يجب الرد، وقاسوا على النفقة المستعجلة

---

(١) كذا في النسختين، ولعل الصواب: (فيثبت).

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِأَنْ تُسَافِرَ الأَمَةُ وَأُمُّ الوَلَدِ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ)؛ لِأَنَّ الأَجَانِبَ فِي حَقِّ الإِمَاءِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى النَّظَرِ وَالمَسِّ بِمَنْزِلَةِ المَحَارِمِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِن قَبْلُ، وَأُمُّ الوَلَدِ أَمَةٌ، لِقِيَامِ المِلْكِ فِيهَا وَإِنْ امْتَنَعَ بَيْعُهَا.

للمرأة إذا مات زوجها في نصف السنة. كذا في جامع فخر الإسلام وشمس الأئمة، وقد مر.

قوله: (بأن تُسافر الأَمَةُ) أجمعوا أن العجوز الحرة لا تسافر بغير محرم، ولا تخلو برجل. وقيل: لا تباح المُسافَرة والخلوة مع أمة الغير، وقيل: يباح ولا يكره للأمة والمدبرة وأم الولد المسافرة بلا محرم.

وقيل: هذا في زمانهم، أما في زماننا لا يحل؛ لغلبة أهل الفسق. كذا في المحيط والتتمة.

كِتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ

قَالَ: (المَوَاتُ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِن الأَرَاضِي، لِانْقِطَاعِ المَاءِ عَنْهُ، أَوْ لِغَلَبَةِ المَاءِ عَلَيْهِ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الزِّرَاعَةَ) سُمِّيَ بِذَلِكَ لِبُطْلَانِ الِانْتِفَاعِ بِهِ. قَالَ: (فَمَا كَانَ مِنهَا عَادِيًّا لَا مَالِكَ لَهُ، أَوْ كَانَ مَمْلُوكًا فِي دارِ الإِسْلَامِ لَا يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ

كِتَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

إيراد إحياء الموات بعد الكراهية؛ لما فيه من مسائل الكراهة، أو لأن إحياء الأرض إحياءٌ صورةً، فكان المراد منه التسبب للحياة النامية، فكان قريبًا إلى حقيقة الإحياء، كما أن الكراهة حرمة صورة، وقريب [٢/ ٤٣٠/أ] إلى الحرمة القطعية، كذا قيل.

ومحاسن الإحياء ظاهرة؛ لما فيه من عمارة الأرض وحصول المنافع منها، قال أبو نصر: المراد من الحياة هاهنا الحياة النامية، قال تعالى: ﴿فَأَحْيَيْنَا بِهِ ٱلْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَاۚ﴾ [فاطر:٩] وسُمِّي مواتًا لبطلان الانتفاع بها، ويقال ميتة، ويقال: مُوْتانًا بضم الميم وسكون الواو.

قوله: (أو ما أشبه ذلك)؛ بأن صارت سبخة أو غلبت الرمال عليها.

قوله: (فما كان منها عاديًّا) أي: قدم خرابه لا أن يكون منسوبًا إلى عاد، وينسب كل أثر قديم إليهم؛ لتقدمهم، قال ﷺ: «**عادِيُّ الأرضِ لِلَّهِ ولِرَسولِهِ، ثُمَّ هو بَعْدُ مِنِّي لَكُمْ**» رواه سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد(١).

قوله: (أو كان مملوكًا في دار الإسلام لا يعرف له مالك) هذا قول بعض المشايخ.

وقد ذكر في الذخيرة: الأراضي المملوكة في دار الإسلام إذا انقرض أهلها

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال (ص: ٢٤٧ رقم ٦٧٦) والشافعي في الأم (٤/ ٤٦) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٤٣ رقم ١٢١٢٧) عن طاووس مرسلا.

بِعَيْنِهِ، وَهُوَ بَعِيدٌ مِن القَرْيَةِ، بِحَيْثُ إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ مِن أَقْصَى العَامِرِ فَصَاحَ لَا يُسْمَعُ الصَّوْتُ فِيهِ: فَهُوَ مَوَاتٌ) قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ، وَمَعْنَى العَادِيِّ. مَا قَدُمَ خَرَابُهُ. وَالمَرْوِيُّ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله: أَنَّهُ يَشْتَرِطُ أَنْ لَا يَكُونَ مَمْلُوكًا لِمُسْلِمٍ، أَوْ ذِمِّيٍّ، مَعَ انْقِطَاعِ الِارْتِفَاقِ بِهَا، لِيَكُونَ مَيْتَةً مُطْلَقًا، فَأَمَّا الَّتِي هِيَ مَمْلُوكَةٌ لِمُسْلِمٍ، أَوْ ذِمِّيٍّ(*) لَا تَكُونُ مَوَاتًا، وَإِذَا لَمْ يُعْرَفْ مَالِكُهُ، تَكُونُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مَالِكٌ يُرَدُّ عَلَيْهِ، وَيَضْمَنُ الزَّارِعُ نُقْصَانَهَا، وَالبُعْدُ عَنِ القَرْيَةِ عَلَى مَا قَالَ: شَرَطَهُ أَبُو يُوسُفَ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَا يَكُونُ قَرِيبًا مِن القَرْيَةِ لَا يَنْقَطِعُ ارْتِفَاقُ أَهْلِهَا عَنْهُ،

فهي كاللقطة، فلا يجوز إحياؤها، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية؛ لقوله ﷺ: «مَنْ أحْيَا أرضًا مواتًا في غيرِ حَقِّ مسلمٍ»[1] ولأن لها مالكًا فلم يجز[2] إحياؤها، كما لو كان مالكها مُعيّنًا.

وقيل: كالموات فتُملَك بالإحياء، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ومالك؛ لعموم قوله ﷺ: «مَن أحْيَا أرضًا مَيتةً فهِيَ لَهُ»[3].

وقوله: (فأما التي هي مملوكة) إلى قوله: **(وإذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين)** كمن مات وترك مالًا ولم يترك وارثًا، فلا يكون لواحد أن يتملك على التخصيص، فكذا هذا.

قوله: (على ما قال) أي: القدوري **(شرطه أبو يوسف)** وهو قوله: (إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت).

قال قاضي خان: وأصح ما قيل فيه: أن يقف الرجل على طرف عمران القرية فينادي بأعلى صوته، فإلى أيِّ موضع ينتهي إليه صوته فيكون من فناء العامر.

(*) الراجح: قول محمد.

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٧/ ١٣ رقم ٤) من حديث عمرو بن عوف المزني وفي سنده كثير بن عبد الله بن عمرو قال ابن حجر في الدراية (٢/ ٢٠١ رقم ٨٨٧): كثير ضعّفوه جِدًّا.

(٢) في الأصل: (يجب) والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٨ رقم ٣٠٧٣) والترمذي (٣/ ٥٥ رقم ١٣٧٨) من حديث سعيد بن زيد ﷺ وقال: حسن غريب. وأخرجه الترمذي (٣/ ٥٧ رقم ١٣٧٩) من حديث جابر ﷺ وقال: حسن صحيح.

فَيُدَارُ الحُكْمُ عَلَيْهِ. وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ اعْتَبَرَ انْقِطَاعَ ارْتِفَاقِ أَهْلِ القَرْيَةِ عَنْهَا حَقِيقَةً، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا مِن القَرْيَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الإِمَامُ المَعْرُوفُ بِخُوَاهَرْ زَادَهْ رَحِمَهُ اللهُ وَشَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللهُ اعْتَمَدَ عَلَى مَا اخْتَارَهُ أَبُو يُوسُفَ (ثُمَّ مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الإِمَامِ مَلَكَهُ، وَإِنْ أَحْيَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ: لَمْ يَمْلِكْهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: يَمْلِكُهُ)[*] لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

وفي الذخيرة: ينادي جهوري الصوت بأعلى صوته على مكان عالٍ، فالموضع الذي لا يسمع صوته يكون بعيدًا، وعن أبي يوسف في رواية أن البعيد قدر غلوة.

قوله: (فَيُدارُ الحُكْمُ عليه) أي: على القرب الذي هو دليل الارتفاق وعدمه؛ إذ الارتفاق مخفي لا يطلع عليه بعض الناس؛ لتفاوته بكثرة المواشي وقلته، فجعلنا القرب مقام الارتفاق، كما في السفر مقام المشقة، والحاصل أن عند أبي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد، وعند محمد على حقيقة الارتفاق وعدمها، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

وأجمعوا على أن ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه لا يجوز إحياؤه؛ لما روينا أنه ﷺ قال: «**مَنْ أحيَا أرضًا مَواتًا في غيرِ حَقِّ مُسلمٍ...**» الحديث[(١)]، فقد شرط عدم تعلق حق الغير به، ولأن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف، ولا توقيف.

قال ابن قدامة في المغني[(٢)]: التحديد تَحَكُّمٌ، ولم يرد الشرع [به][(٣)].

أجيب: ليس كذلك؛ لما قلنا أن تعلق حق الغير مخفي، فيدار الحكم على دليله، وهو القرب، والظاهر أن الارتفاق لا ينقطع بالمقدار الذي قلنا.

قوله: (بغير إذنه) أي: إذن الإمام لم يملكه عند أبي حنيفة، وعندهما يملكه، وبه قال الشافعي وأحمد، وأصبغ وسحنون المالكيان، وقال مالك: إن كان قريبًا من العامر في موضع يتسامح الناس فيه افتقر إلى إذن الإمام، وإلا فلا.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) المغني لابن قدامة (٥/ ٤١٩).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالسَّلَامُ «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» وَلِأَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَيْهِ فَيَمْلِكُهُ كَمَا فِي الحَطَبِ وَالصَّيْدِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ نَفْسُ إِمَامِهِ بِهِ» ....

لهما؛ قوله ﷺ: «**مَنْ أَحْيَا أرضًا...**» الحديث[1]، فإذن رسول الله ﷺ أعلى من إذن الإمام، كما في الحطب والصيد، يعني لو أخذ حطبًا أو صيدًا أو حشيشًا فيه تملكه بدون إذنه، وكذا لو وجد مَعدِنًا أو رِكازًا في موضع لا حقَّ لأحد فيه يكون له بدون إذنه.

ولأبي حنيفة رحمه الله قوله ﷺ: «**إلّا ما طابَتْ نفسُ إمامِهِ**»[2] وهذا نص عام يتناول الأمور التي يحتاج فيها إلى رأي الإمام، والتدبير في الأرض العادية للإمام؛ لأن حكمها حكم الغنيمة، وقوله ﷺ: «**من أحيَا أرضًا...**»[3] الحديث لبيان السبب، وبه نقول، لكن الإذن شرط، وليس فيه ما ينفي هذا الشرط، وقد دل الدليل على اشتراطه، وهو قوله ﷺ: «**ليس لِعِرْقٍ ظالمٍ حَقٌّ**»[4]؛ لأن السبق على رأي الإمام والأخذ بطريق التغالب في معنى بعرق ظالم، فينبغي أن يشترط.

وقال الطحاوي: إن رجلًا بالبصرة قال لأبي موسى: أقطعني أرضًا لا تضر بأحد من المسلمين ولا أرض خراج أن أتخذها قصبًا وزيتونًا، فكتب أبو موسى إلى عمر، فكتب عمر إليه: أَقْطِعْها إياه؛ فإن رقاب الأرض لنا، فدل أن رقاب الأرض [٢/ ٤٣٠/ ب] لأئمة المسلمين، وقال ﷺ: «**لَا حِمَى إلّا للهِ ورَسولِهِ**» متفق عليه[5]، فدل أن حكم الأراضي إلى الإمام، وروي عن ابن عباس عن صعب بن جثامة أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لَا إحياءَ**

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٨ رقم ٣٠٧٣) والترمذي (٣/ ٥٥ رقم ١٣٧٨) من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه وقال: حسن غريب.
(٥) أخرجه البخاري (٤/ ٦١ رقم ٣٠١٢) من حديث الصعب بن جثامة رضي الله عنه قال: مرَّ بي النبي ﷺ بالأبواء، أو بودان، وسئل عن أهل الدار يبيتون من المشركين، فيصاب من نسائهم وذراريهم قال: «هم منهم»، وسمعته يقول: «لا حِمَى إلا للَّهِ ولرسولهِ ﷺ» وأخرج مسلم (٣/ ١٣٦٤ رقم ١٧٤٥) أول الحديث فقط فلم يخرج الفقرة المتعلقة بالحمى.

وَمَا رَوَيَاهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذْنٌ لِقَوْمٍ لَا نَصْبٌ لِشَرْعٍ، وَلِأَنَّهُ مَغْنُومٌ لِوُصُولِهِ إِلَى يَدِ الْمُسْلِمِينَ بِإِيجَافِ الْخَيْلِ وَالرِّكَابِ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْتَصَّ بِهِ بِدُونِ إِذْنِ الْإِمَامِ كَمَا فِي سَائِرِ الْغَنَائِمِ. وَيَجِبُ فِيهِ الْعُشْرُ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ تَوْظِيفِ الْخَرَاجِ عَلَى الْمُسْلِمِ لَا يَجُوزُ، إِلَّا إِذَا سَقَاهُ بِمَاءِ الْخَرَاجِ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِبْقَاءُ الْخَرَاجِ عَلَى اعْتِبَارِ الْمَاءِ. فَلَوْ أَحْيَاهَا، ثُمَّ تَرَكَهَا فَزَرَعَهَا غَيْرُهُ، فَقَدْ قِيلَ: الثَّانِي أَحَقُّ بِهَا؛ ....

إلّا للهِ ولِرَسولِهِ»[١].

قوله: (وما روياه محمول على الإذن) لقوم مخصوصين لا لأنه نصب شرعًا كما في قوله ﷺ: **«مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ»**[٢]، وإن كان يحتمل نصب الشرع فيكون محتملًا، فلم يصلح معارضًا لما رواه أبو حنيفة؛ لأنه لا يحتمل إلا وجهًا واحدًا، فيحمل ذلك على الإذن عملًا بالدليلين.

قوله: (كما في سائر الغنائم) أي: التي لم تقسم، وفي بعض النسخ: (المغانم).

قوله: (فقد قيل: الثاني أَحَقُّ بها...) إلى آخره، أصل هذا أن من أحيا أرضًا ميتة هل يملك رقبتها؟ قال بعض المشايخ، منهم أبو القاسم أحمد البلخي: لا يملك، ويملك ملك استغلالها، وبه قال الشافعي في قول؛ لأنه قال ﷺ في حديث: **«فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»**[٣] فدل أن قوله ﷺ: **«فَهِيَ لَهُ»**[٤] إضافة التخصيص، أي: هو المنتفع به بدون ملك، كما مر النبي ﷺ بحائط، فقال النبي ﷺ: **«لِمَنْ هذَا؟»** فقال رافع بن خديج: لي يا رسول الله، استأجرته[٥].

---

(١) بنحوه تقدم تخريجه في الحديث السابق.
(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٩٢ رقم ٣١٤٢) ومسلم (٣/ ١٣٧٠ رقم ١٧٥١) من حديث أبي قتادة رضي الله عنه.
(٣) أخرجه الطبراني في (١١/ ٢٨ رقم ١٠٩٣٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «من أحيا أرضا ميتة فهو أحق بها» وفي سنده عمر بن رياح مولى ابن طاوس قال ابن عدي في الكامل (٦/ ١٢٤): قال البخاري دجال.
فائدة: هذا الحديث من زوائد الطبراني في الكبير على الكتب الستة فهو من شرط الهيثمي في مجمع الزوائد ولم يذكره فيرد عليه رحمه الله وأجزل مثوبته.
(٤) تقدم تخريجه قريبا.
(٥) أخرجه الطبراني في الكبير (٤/ ٢٦٣ رقم ٤٣٥٤) من حديث رافع بن خديج، وأصل حديث رافع أخرجه مسلم (٣/ ٢٦٠ رقم ٣٣٩٧) عنه قال: جاءنا أبو رافع، من عند رسول الله ﷺ،=

لِأَنَّ الأَوَّلَ مَلَكَ اسْتِغْلَالَهَا لَا رَقَبَتَهَا، فَإِذَا تَرَكَهَا كَانَ الثَّانِي أَحَقَّ بِهَا. وَالأَصَحُّ: أَنَّ الأَوَّلَ يَنْزِعُهَا مِن الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا بِالإِحْيَاءِ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ الحَدِيثُ، إذ الإِضَافَةُ فِيهِ بلام التَّمْلِيكِ وَمِلْكُهُ لَا يَزُولُ بِالتَّرْكِ. وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً ثُمَّ أَحَاطَ الإِحْيَاءُ بِجَوَانِبِهَا الأَرْبَعَةِ مِن أَرْبَعَةِ نَفَرٍ عَلَى التَّعَاقُبِ؛ فَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ طَرِيقَ الأَوَّلِ فِي الأَرْضِ الرَّابِعَةِ، لِتَعَيُّنِهَا لِتَطَرُّقِهِ وَقَصْدُ الرَّابِعِ إِبْطَالُ حَقِّهِ.

قَالَ: (وَيَمْلِكُه الذِّمِّيُّ بِالإِحْيَاءِ كَمَا يَمْلِكُهُ المُسْلِمُ)؛ لِأَنَّ الإِحْيَاءَ سَبَبُ المِلْكِ،

وعند عامة المشايخ يملك رقبته، وبه قال الشافعي في قول ومالك وأحمد؛ لقوله ﷺ: «فهي له» واللام للملك إذا قوي الاختصاص به كما بُيِّنَ في الأصول، فلا يعارض بعارض، وملكه لا يزول بتركه.

قوله: (لِتَعَيُّنِها) أي: الأرض الرابعة (لِتَطَرُّقِهِ) فإن من أحيى أرضا يملك مرافق الإحياء تبعًا له، ففي الأرض يملك طريقها[1]، ومغيض الماء، وبيدر زرعها وما لا يستغني عنه من مرافقها بالإجماع، فعند أبي حنيفة مرافقها إن لم يبلغه ماؤها وبَعُدَ منها، وعند أبي يوسف حريمها ما انتهى إليه صوت المنادي من حدودها.

قوله: (ويَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بالإحياءِ كما يملكه المسلمِ) وبه قال مالك وأحمد؛ لعموم الحديث، ولأن الكافر يملك المباح بالاستيلاء.

وقال الشافعي وأحمد في رواية: لا يملك الذمي بالإحياء في دار الإسلام؛ لقوله ﷺ: «مَوَتانُ الأرضِ للهِ ورسولِهِ، ثُم هِيَ لكُمْ مِنّي»[2] فجمع الموتان ثم جعله للمسلمين، ولأن موتان الدار من حقوقها، والدار للمسلمين فكان مواتها لهم كمرافق المملوك، وفي الحديث الذي رواه: «عادِيُّ الأرضِ للهِ ولرسولِهِ، ثم لكُمْ بَعدِي ومَن أحيَا مواتًا مِنَ الأرضِ فلهُ رَقبتُها»[3] هكذا رواه سعيد بن

= فقال نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان يرفق بنا، وطاعة الله، وطاعة رسوله أرفق بنا، «نهانَا أن يزرعَ أحدُنا، إلَّا أرضاً يملك رقبتَهَا أو منيحةً يمنحُهَا رجلٌ».

(١) في الأصل: (مرابعها) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٤٣ رقم ١٢١٢٩) من حديث ابن عباس رضي الله عنه، وحسنه الشيخ الألباني في صحيح الجامع الصغير (٢/ ١١٢٦ رقم ٦٦٣٢).

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذْنَ الإِمَامِ مِن شَرْطِهِ، فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ كَمَا فِي سَائِرِ أَسْبَابِ المِلْكِ حَتَّى الِاسْتِيلَاءِ عَلَى أَصْلِنَا. قَالَ: (وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَعْمُرْهَا ثَلَاثَ سِنِينَ: أَخَذَهَا الإِمَامُ وَدَفَعَهَا إِلَى غَيْرِهِ) لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَى الأَوَّلِ كَانَ لِيَعْمُرَهَا فَتَحْصُلُ المَنْفَعَةُ لِلْمُسْلِمِينَ مِن حَيْثُ العُشْرُ، أَو الخَرَاجُ. فَإِذَا لَمْ تَحْصُلْ يَدْفَعُ إِلَى غَيْرِهِ تَحْصِيلًا لِلْمَقْصُودِ، وَلِأَنَّ التَّحْجِيرَ لَيْسَ بِإِحْيَاءٍ لِيَمْلِكَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ الإِحْيَاءَ إِنَّمَا هُوَ العِمَارَةُ وَالتَّحْجِيرُ الإِعْلَامُ، سُمِّيَ بِهِ: لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُعَلِّمُونَهُ بِوَضْعِ الأَحْجَارِ حَوْلَهُ أَوْ يُعَلِّمُونَهُ لِحَجْرِ غَيْرِهِمْ عَنْ إِحْيَائِهِ فَبَقِيَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ كَمَا كَانَ، هُوَ الصَّحِيحُ. وَإِنَّمَا

منصور، وهو مرسل، رواه طاوس عن النبي ﷺ، والعجب من الشافعي أنه لم يعمل بالمرسل، وقد عمل به، وأما قوله: موتان الدار من حقوقها، والدار للمسلمين.

قلنا: الذمي بعقد الذمة يصير من أهل دارنا، وله مرافق دار الإسلام، فيملك بالإحياء كما يملك مُباحاتِها حتى الاستيلاءَ على أصلنا، يعني الكافر مال الكافر بالاستيلاء، كما يملك المسلم عندنا، خلافًا للشافعي.

قوله: (هو الصحيح)؛ احتراز عما روي عن بعض مشايخنا أنه يصير ملكًا للمحجر. ذكره في المحيط.

وذكر خواهر زاده أن التحجير يفيد ملكًا مؤقتًا إلى ثلاث سنين، وبه قال بعض أصحاب الشافعي في الأصح وأحمد، لكن يصير هو أحق به؛ لما روي عن النبي ﷺ: «من سبقَ [إلى][(١)] ما لَمْ يسبِقْ إليهِ مسلمٌ فهوَ أحقُّ بهِ» رواه أبو داود[(٢)]، وروى سعيد في سننه أن عمر قال: من تحجر أرضًا يعطلها ثلاث سنين، فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها، وهذا يدل على أن من عمرها قبل مضي المدة، وهو قولنا؛ لأن الإحياء سبب الملك بالحديث، والتحجير لم يكن

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٧ رقم ٣٠٧١) من حديث أسمر بن مضرس رضي الله عنه وصححه الضياء في المختارة (٤/ ٢٨٧- ٢٨٨ رقم ١٤٣٤) وأقره الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ١٥٠ رقم ١٢٩٦).

شَرَطَ تَرْكَ ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَوْلِ عُمَرَ رضي الله عنه: لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ حَقٌّ. وَلِأَنَّهُ إِذَا أَعْلَمَهُ لَا بُدَّ مِن زَمَانٍ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَى وَطَنِهِ، وَزَمَانٍ يُهَيِّئُ أُمُورَهُ فِيهِ، ثُمَّ زَمَانٍ يَرْجِعُ فِيهِ إِلَى مَا يَحْجُرُهُ، فَقَدَّرْنَاهُ بِثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهَا مِن السَّاعَاتِ وَالأَيَّامِ وَالشُّهُورِ لَا يَفِي بِذَلِكَ، وَإِذَا لَمْ يَحْضُرْ بَعْدَ انْقِضَائِهَا، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَرَكَهَا. قَالُوا: هَذَا كُلُّهُ دِيَانَةً، فَأَمَّا إِذَا أَحْيَاهَا غَيْرُهُ قَبْلَ مُضِيِّ هَذِهِ المُدَّةِ: مَلَكَهَا، لِتَحَقُّقِ الإِحْيَاءِ مِنْهُ دُونَ الأَوَّلِ، وَصَارَ كَالِاسْتِيَامِ فَإِنَّهُ يُكْرَهُ، وَلَوْ فُعِلَ: يَجُوزُ العَقْدُ. ثُمَّ التَّحْجِيرُ قَدْ يَكُونُ بِغَيْرِ الحَجَرِ، بِأَنْ غَرَزَ حَوْلَهَا أَغْصَانًا يَابِسَةً، أَوْ نَقَّى الأَرْضَ وَأَحْرَقَ مَا فِيهَا

إحياء إلا أن له ولاية المنع؛ لأنه سبق بما لم يسبق به أحد، ولكن يكره؛ لتعلق حق الغير به كالاستيام.

قوله: (لا يفي بذلك) أي: بالرجوع إلى وطنه وتهيئة أمور الزراعة ورجوعه إلى ما يحجِّره؛ لأن دار الإسلام من أدناها إلى أقصاها تقطع في سنة، فلعله إنما يُحجِّر في أقصى طرف دار الإسلام، وبلده في الطرف الآخر من دار الإسلام، ولإصلاح أموره في بلده سنة، وللرجوع إلى ذلك الموضع [سنة][(١)]؛ فلا ينبغي أن يشتغل بإحياء ذلك الموضع غيره إلى ثلاث سنين، وينتظره، وبعد مضي هذا الظاهر أنه قد بدا له، وأنه لا يريد الرجوع إليها، فجاز إحياء غيره.

قوله: (ثم التحجير قد يكون بغير الحجر).

في المبسوط[(٢)]: من الحَجْرِ، وهو المنع، فإنه من أعلم موضعًا من الموات بعلامة فكأنه يمنع الغير من إحياء ذلك الموضع، فسمي[٢/ ٤٣١/ أ] فعله تحجيرًا، فيكون بغير حجر كما ذكر في الكتاب.

وفي المغرب[(٣)]: الأصح في قول عمر: ليس للمُحْتَجِرِ، مِن احْتَجَرَ الأرضَ، أي: أَعْلَمَ عَلَمًا في حدودها، وإن روي: ليس للمحتجر.

وفي الصحاح[(٤)]: التحجير أن يَسِمَ حول عين البعير بِمِيسَمٍ مستدير،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٦٧).
(٣) المغرب للمطرزي (ص: ١٠٤).
(٤) الصحاح للجوهري (٢/ ٦٢٤).

مِن الشَّوْكِ، أَوْ خَضَّدَ مَا فِيهَا مِن الحَشِيشِ أو الشَّوْكِ، وَجَعلَهَا حَوْلَهَا وَجَعَلَ التُّرَابَ عَلَيْهَا مِن غَيْرِ أَنْ يَتِمَّ المُسَنَّاةَ لِيَمْنَعَ النَّاسَ مِن الدُّخُولِ، أَوْ حَفَرَ مِن بِئْرٍ ذِرَاعًا أَوْ ذِرَاعَيْنِ، وَفِي الأَخِيرِ وَرَدَ الخَبَرُ. وَلَوْ كَرَبَهَا وَسَقَاهَا، فَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ إِحْيَاءٌ، وَلَوْ فَعَلَ أَحَدَهُمَا يَكُونُ تَحْجِيرًا، وَلَوْ حَفَرَ أَنْهَارَهَا وَلَمْ يَسْقِهَا: يَكُونُ تَحْجِيرًا، وَإِنْ سَقَاهَا مَعَ حَفرِ الأَنْهَارِ: كَانَ إِحْيَاءً لِوُجُودِ الفِعْلَيْنِ، وَلَوْ حَوَّطَهَا، أَوْ سَنَّمَهَا بِحَيْثُ يَعْصِمُ المَاءَ: يَكُونُ إِحْيَاءً؛ لِأَنَّهُ مِن جُمْلَةِ البِنَاءِ، وَكَذَا إِذَا بَذَرَهَا. قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِن العَامِرِ، وَيُتْرَكُ مَرْعًى لِأَهْلِ القَرْيَةِ ....

ويقال: حجر القمر: إذا استدار بخط رقيق من غير أن يغلظ، وهذا يدل على أنه متحجر.

قوله: (ولو فعل أحدهما يكون تحجيرًا).

وفي المبسوط[١]: ولو كربها، أو شق لها نهرًا، وضرب عليها المسناة، فهو إحياء.

وفي المحيط: عن أبي حنيفة: من حفر فيها بئرًا، وساق إليها ماء فقد أحياها، زرعها أو لا، ولو حفر فيها أنهارًا لم يكن إحياءً، إلا أن يُجرِي فيها ماءً فيكون إحياء.

قوله: (وفي الأخير) وهو حفر البئر **(ورد الخبر)** قوله ﷺ: **«من حفرَ بئرًا مِقدارَ ذراعٍ فهوَ مُتحَجِّرٌ»**[٢].

وعند أحمد: ما لم يخرج الماء فهو متحجر، وإن خرج لا.

قوله: (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) ولا يعلم فيه خلاف لأهل العلم.

قوله:(حقيقتها) أي: عند محمد **(ودليلها)** أي: عند أبي يوسف **(على ما بينّا)**[٣] أراد به **قوله**: (ومحمد اعتبر الارتفاق...) إلى آخره.

وأما **(ما قرب من العامر)** ولم يتعلق بمصالحه لا يجوز إحياؤه، وبه قال

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٦٨).
(٢) قال ابن حجر في الدراية (٢/ ٢٤٥ رقم ٩٨٤): هذا الحديث هكذا ذكره السِّغْنَاقِيُّ ولا وجود له في شيء من كتب الحديث.

وَمَطْرَحًا لِحَصَائِدِهِمْ) لِتَحقُّقِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهَا حَقِيقَةً، أَوْ دَلَالَةً عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، فَلَا يَكُونُ مَوَاتًا، لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهَا بِمَنْزِلَةِ الطَّرِيقِ وَالنَّهْرِ. عَلَى هَذَا قَالُوا: لَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَ مَا لَا غِنًى بِالْمُسْلِمِينَ عَنْهُ، كَالمِلْحِ وَالآبَارِ الَّتِي يَسْتَقِي النَّاسُ مِنهَا لِمَا ذَكَرْنَا.

أحمد في رواية والليث. وقال الشافعي وأحمد في رواية: يجوز إحياؤها؛ لأنه موات في دار الإسلام، ولم يتعلق به حق لأحد.

وقال مالك: أهل العامر أحق بإحيائه من غيرهم؛ لتعلق حقهم به في الجملة.

وقلنا: تعلق حقهم به لجواز أن يحتاجوا إلى فتح باب حائط إليه، أو جعله مسرحة، أو مربضة للغنم، أو بيدرة للزراع، أو **(مطرحًا لحصائدهم)**؛ فلم يجز تفويت ذلك عليهم، بخلاف البعيد.

قوله: (لا يجوز أن يُقْطِعَ) يقال أقطع السلطان أرضًا: هو إعطاؤه إياها، وتخصيصه بها. كذا في الطلبة .**(ما لا غنى للمسلمين عنه)** أي: لا بد لهم منه **(كالملح والآبار التي يستقي الناس)** أو المرعى التي يحتاج الناس إليه؛ لتحقق حاجتهم إليه.

وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله: **(لتعلق حقهم بها)** ولا يعلم فيه خلاف.

وروى الترمذي وأبو داود[(١)] وأبو عبيد بإسنادهم عن أبيض بن حمال أنه استقطع النبي ﷺ الملح الذي بمأرب، فلما وَلَّى قيل: يا رسول الله، أتدري ما أقطعته له؟ إنما أقطعته الماء العِدَّ، يعني أنه لا ينقطع، فَرَجَعَهُ فقال: «**فلا إذَنْ**».

وعن هذا قال مشايخنا: من السُّحْتِ؛ ما يأخذه الرعاة والولاة على الماء والكلإ والجبال، والمروج والمعادن والملح وجميع المباحات. ذكره في التتمة والقنية والمجتبى وغيرها، ولا يعلم فيه خلاف.

وأما الحِمَى، وهو أن يحمي السلطان أرضًا من الموات يمنع الناس رعي ما فيها يختص بها نفسه دونهم، كالعرب في الجاهلية يفعلون ذلك، فعندنا لا يجوز.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٤ رقم ٣٠٦٤) والترمذي (٣/ ٥٧ رقم ١٣٨٠) من حديث أبيض بن حمال ﷺ وقال: غريب. وصححه ابن حبان (١٠/ ٣٥٠- ٣٥١ رقم).

قَالَ: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي بَرِّيَّةٍ: فَلَهُ حَرِيمُهَا) وَمَعْنَاهُ: إِذَا حَفَرَ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ بِإِذْنِ الإِمَامِ عِنْدَهُ، أَوْ بِإِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ حَفْرَ البِئْرِ إِحْيَاءٌ. قَالَ: (فَإِنْ كَانَتْ لِلْعَطَنِ: فَحَرِيمُهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ حَفَرَ بِئْرًا فَلَهُ مِمَّا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطَنًا لِمَاشِيَتِهِ» ....

أما لو حَمَى لرعي خيل المجاهدين ونَعَم الجزية، وإبل الصدقة وخيول الناس التي للإمام يقوم لحفظها، وماشية الضعيف من الناس فيجوز، وبه قال الشافعي في الصحيح ومالك وأحمد.

وقال الشافعي في قول: ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي؛ لقوله ﷺ: «**لَا حِمَى إلّا للهِ ورسولِهِ**»[(١)].

وقلنا: إن عمر وعثمان حَمَيَا، واشتهر ذلك في الصحابة، ولم ينكر عليهما أحد، فكان إجماعًا، وقال مالك: بلغني أن عمر كان يحمي في كل عام على أربعين ألفًا من الظَّهر، ولأن ما كان لمصالح المسلمين فالأئمة فيه مقام النبي ﷺ، وقد روي أنه ﷺ قال: «**ما أطعمَ اللهُ لِنَبِيٍّ طُعمةً إلّا جعلَها طُعمَةً لِمَنْ بَعدَهُ**»[(٢)]، وأما الخبر فمعناه أنه ﷺ يختص بفعل الحِمَى لا لكل أحد، وللأئمة بعده مقامه؛ إذ الحمى لنفسه مخصوص به.

قوله: (**فإن كانت للعطن**) والعطن مباح للإبل ومبركها حول الماء (**فحريمها أربعون ذراعًا**) وقال الشافعي ومالك والقاضي وأبو الخطاب الحَنْبَلِيّان: حريم البئر: ما لا بدّ لها منه. وقال أحمد: خمسة وعشرون، إلا أن تكون عادِيَّة، بتشديد الياء، فحريمها خمسون ذراعًا؛ لقوله ﷺ: «**حَريمُ البئرِ البَدِيِّ خمسٌ وعشرونَ ذراعًا، وحريمُ البئرِ العاديِّ خَمسونَ**»[(٣)].

ولنا ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «**حريمُ البئرِ أربعونَ ذِراعًا**

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١٤٤ رقم ٢٩٧٣) من حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وذكره الحافظ ابن حجر في الفتح (٦/ ٢٠٢) وسكت عليه فهو عنده حسن أو صحيح.

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

ثُمَّ قِيلَ: الأَرْبَعُونَ مِن كُلِّ الجَوَانِبِ. وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ مِن كُلِّ جَانِبٍ؛ لِأَنَّ فِي الأَرَاضِي رَخْوَةً وَيَتَحَوَّلُ المَاءُ إِلَى مَا حُفِرَ دُونَهَا (وَإِنْ كَانَتْ لِلنَّاضِحِ: فَحَرِيمُهَا سِتُّونَ ذِرَاعًا، وَهَذَا عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا) لَهُمَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ

لِأَعْطانِ الإبلِ والغَنم»[(١)]، والشافعي لم يرَ التحديد، وحمل اختلاف الروايات على اختلاف القدر المحتاج إليه، والمراد من البَدِيِّ: [٢/ ٤٣١/ب] الذي أحدث في الإسلام، ولم تكن عاديَّة.

قوله: (**وهذا عندهما**) أي: كون حريم بئر الناضح ستين ذراعًا، إلا أن يكون رشاؤها أبعد من ذلك؛ لما روي أنه ﷺ قال: «**حَرِيمُ البِئْرِ مَدُّ رِشائِها**» رواه ابن ماجة[(٢)].

وفي مبسوط البكري: وعن محمد في النوادر: إن كان الحبل سبعين فيكون الحريم سبعين ذراعًا؛ لأن في بعض البلاد الناضح لا يدور حول البئر كما في الطاحونة، بل يشد أحد طرفيه على البعير والآخر على الدولاب فوق الماء، ثم يساق البعير، فلما سار مقدار الحبل ارتفع الدلو إلى رأس البئر، فيؤخذ الدلو ويصب في الحوض، فمتى كان الحبل أكثر من سبعين لعمق البئر، فلو قدرناه بالستين لا يمكنه الانتفاع بها.

والنَّاضِحُ: البعير الذي يُستقَى به. كذا في المغرب[(٣)].

قوله: (**ثم قيل: الأربعون من كل الجوانب**) من كل جانب عشرة؛ لأن الشرع جاء بأربعين، وقال ﷺ: «**فلهُ مِمّا حولَها أربعونَ ذِراعًا**»[(٤)] وما قال: من

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٩٤ رقم ١٠٤١٦) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٥٥ رقم ١٢٢١٤) من حديث أبي هريرة ﷺ قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٢٥ رقم ٦٦١٣): فيه رجل لم يُسَمَّ، وبقية رجاله ثقات.
وصحح سنده الشيخ شعيب في تحقيقه لمسند أحمد وأوضح أن الرجل المبهم في سنده هو محمد بن سيرين كما جاء مصرحا به عند البيهقي بإسناد صحيح.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٣١) من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ٨٥ رقم ٨٨٢): هذا إسناد ضعيف ثابت بن محمد انقلب على ابن ماجة وصوابه محمد بن ثابت كما ذكره الذهبي في الكاشف وقد ضعفوه، ومنصور بن صقير متفق على ضعفه.

(٣) المغرب للمطرزي (ص: ٣١٩).

(٤) تقدم تخريجه قريبا.

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «حَرِيمُ العَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ. وَحَرِيمُ بِئْرِ العَطَنِ أَرْبَعُونَ[*] ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بِئْرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعًا» وَلِأَنَّهُ قَدْ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى أَنْ يُسَيِّرَ دَابَّتَهُ لِلِاسْتِقَاءِ، وَقَدْ يَطُولُ الرِّشَاءُ، وَبِئْرُ العَطَنِ لِلِاسْتِقَاءِ مِنهُ بِيَدِهِ، فَقَلَّتْ الحَاجَةُ فَلَا بُدَّ مِن التَّفَاوُتِ. وَلَهُ: مَا رَوَيْنَا مِن غَيْرِ فَصْلٍ، ....

كل جانب، ولهذا دخلت حرف التبعيض في الحول، فيجب أن يكون له بعض المقدار، ولهذا جاء في رواية: «**حَرِيمُ البئرِ أربعونَ**»[١] فما اختصه بجانبه.

وجه الصحيح أنه ﷺ أدخل كلمة (من) في (الحول)، وهي للتبعيض مرة، حيث لم يدخل ما وراء الأربعين، واسم الحول ينطلق عليها، فلا يعمل مرة أخرى، كما إذا قلنا: باب من حديد، يوجب تبعيض الحديد لا الباب، فقد رُوِيَ: «**ما حولها**»[٢] من غير كلمة (من) إليه أشار في مبسوط شيخ الإسلام.

ولأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول؛ لكيلا يحفر أحد في حريمه بئرًا أخرى فيتحول إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب، فإن الأراضي تختلف صلابة ورخاوة، وفيما مقدار أربعين من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين.

(**وله**) أي: لأبي حنيفة (**ما رويناه من غير فصل**) فهو حجة عليهما.

فإن قيل: لما قيد في ذلك الحديث «**عَطَنًا لِماشِيَتِهِ**» على أن أربعين للعطن، فكيف يكون رواية ذلك الحديث من غير فصل بين العطن والناضح؟

قلنا: ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد[٣]، فإن الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات بهذا الطريق، فيكون ذكر الظن باعتبار الغالب، كما في قوله تعالى: ﴿وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] قيد بالبيع؛ لما أن الغالب في ذلك اليوم البيع، وكذا قوله: ﴿يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠] فالوعيد لا يختص بالأكل، ولكن الغالبَ من أمرِه الأكلُ، فأخرجه على ما عليه الغالب، كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) أخرجه الطبراني في الكبير كما في كنز العمال (٣/ ٩٠٠ رقم ٩٠٩٩) من حديث عبد الله بن مغفل ﷺ مرفوعا بلفظ: «من احتفرَ بئرًا فله ما حواليها أربعونَ ذراعًا عطنًا لإبل وماشية».

(٢) هي رواية الطبراني في المعجم الكبير كما في كنز العمال (٣/ ٩٠٠ رقم ٩٠٩٨).

(٣) في الأصل: (للتقليد) والمثبت من النسخة الثانية.

وَالعَامُّ المُتَّفَقُ عَلَى قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ أَوْلَى عِنْدَهُ مِن الخَاصِّ المُخْتَلَفِ فِي قَبُولِهِ وَالعَمَلِ بِهِ، وَلِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى اسْتِحْقَاقَ الحَرِيمِ؛ لِأَنَّ عَمَلَهُ فِي مَوْضِعِ الحَفْرِ، وَالِاسْتِحْقَاقُ بِهِ، فَفِيمَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ الحَدِيثَانِ تَرَكْنَاهُ وَفِيمَا تَعَارَضَا فِيهِ حَفِظْنَاهُ؛ وَلِأَنَّهُ قَدْ يُسْتَقَى مِن العَطَنِ بِالنَّاضِحِ، وَمِن بِئْرِ النَّاضِحِ بِاليَدِ، فَاسْتَوَتْ الحَاجَةُ فِيهِمَا،

قوله: (والعام المُتَّفَقُ على قَبولِهِ أَوْلَى عنده) أي: عند أبي حنيفة، ولهذا رجح قوله: «**وما أَخْرَجَتِ الأرضُ ففيه العُشْرُ**»[1] على قوله: «**ليسَ فيمَا دونَ خمسةِ أَوْسُقٍ صَدَقَةٌ**»[2] وعلى قوله: «**ليسَ في الخَضراوات [صدقةٌ]**»[3][4] ورجح أصحابنا قوله: «**التّمرُ بِالتَّمرِ مِثْلًا...**»[5] على خبر العرايا، وقد مر في البيوع، وفيه نوع تأمل.

قوله: (والاستحقاق به)؛ أي: بالعمل، ولا عمل في غير موضع البئر، وكان ينبغي ألا يستحق شيئًا من الحريم، ولكنا تركنا القياس بالنص **(ففيما اتفق عليه الحديثان)** وهو أربعون ذراعًا **(تركناه)** أي: القياس **(وفيما تعارضا)** أي: الحديثان **(حفظناه)**؛ [أي][6]: القياس.

قوله: (فاستوت الحاجة فيهما).

ولا يقال: إن بئر الناضح الغالب فيها البعير لا اليد؛ للحرج.

لأنا نقول: بئر الناضح عندهما لا على حسب ما يكون في بلادنا أن البعير

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٢/ ٣٨٤): غريب بهذا اللفظ.
وبنحوه أخرجه البخاري (٢/ ١٢٦ رقم ١٤٨٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (٢/ ١١٦ رقم ١٤٤٧) ومسلم (٢/ ٦٧٣ رقم ٩٧٩) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) أخرجه الترمذي (٢/ ٢٣ رقم ٦٣٨) من حديث معاذ رضي الله عنه. وقال: إسناد هذا الحديث ليس بصحيح، وليس يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء، وإنما يروى هذا عن موسى بن طلحة، عن النبي ﷺ مرسلا، والعمل على هذا عند أهل العلم: أنه ليسَ في الخضراواتِ صدقةٌ. والحسن هو ابن عمارة وهو ضعيف عند أهل الحديث، ضعفه شعبة وغيره، وتركه ابن المبارك.)

(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ رقم ١٥٨٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٦) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَيُمْكِنُهُ أَنْ يُدِيرَ البَعِيرَ حَوْلَ البِئْرِ فَلَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى زِيَادَةِ مَسَافَةٍ: قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ عَيْنًا فَحَرِيمُهَا خَمسِمائَةِ ذِرَاعٍ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ فِيهِ إِلَى زِيَادَةِ مَسَافَةٍ؛ لِأَنَّ العَيْنَ تُسْتَخْرَجُ لِلزِّرَاعَةِ فَلَا بُدَّ مِن مَوْضِعٍ يَجْرِي فِيهِ المَاءُ، وَمِن حَوْضٍ يَجْتَمِعُ فِيهِ المَاءُ.

وَمِن مَوْضِعٍ يُجْرَى فِيهِ إِلَى المَزْرَعَةِ، فَلِهَذَا يُقَدَّرُ بِالزِّيَادَةِ، وَالتَّقْدِيرُ بِخَمْسِمائَةٍ بِالتَّوْقِيفِ. وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ مِن كُلِّ جَانِبٍ كَمَا ذَكَرْنَا فِي العَطَنِ، وَالذِّرَاعُ: هِيَ المُكَسَّرَةُ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِن قَبْلُ.

وَقِيلَ: إِنَّ التَّقْدِيرَ فِي العَيْنِ وَالبِئْرِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أَرَاضِيهِمْ، لِصَلَابَةٍ بِهَا، وَفِي أَرَاضِينَا رَخَاوَةٌ فَيُزَادُ كَيْ لَا يَتَحَوَّلَ المَاءُ إِلَى الثَّانِي، فَيَتَعَطَّلَ الأَوَّلُ. قَالَ: (فَمَنْ

يدور حول البئر، كما في الطاحونة، ولكن عندهما بئر الناضح أن يشد الحبل في وسط البعير، ويشد الدلو في الطرف الآخر من الحبل، ثم يساق، فإذا ساق مقدار الحبل يقع الدلو في رأس البئر، فيؤخذ الماء، فإذا كان بئر الناضح عندهما على هذا التفسير يمكنه نزع الماء باليد، ويمكن في العطن بالناضح أيضًا، فاستويا. كذا في المبسوط(١) والذخيرة.

قوله: **(فحريمها)** أي: حريم العين **(خمسمائة ذراع؛ لما روينا)** وعند الأئمة الثلاثة بقدر ما لا بد له في الارتفاق بحسب العادة.

قوله: **(والذراع هي المُكَسَّرَة)** وهو ست قبضات ذراع العامة، وإنما وصف بذلك لأنها نقصت عن ذراع المَلِكِ، والمَلِكُ بعض الأكاسرة، وكانت ذراعه سبع قبضات، كل قبضة أربع أصابع. كذا في المغرب(٢) والخصائل.

قوله: **(وقد بيناه)** أي: الوجه في أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب، ولكن لم يذكر بيان الذراع.

قوله: **(فيزاد)** أي: فيزاد في الحريم بقدر ما لا يتعطل البئر الأول [٢/ ٤٣٢/ أ].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٦٢).
(٢) المغرب للمطرزي (ص: ١٧٤).

أَرَادَ أَنْ يَحْفِرَ فِي حَرِيمِهَا: مُنِعَ مِنْهُ) كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْوِيتِ حَقِّهِ وَالإِخْلَالِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ بِالحَفْرِ مَلَكَ الحَرِيمَ ضَرُورَةَ تَمَكُّنِهِ مِن الِانْتِفَاعِ بِهِ، فَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ؛ فَإِن احْتَفَرَ آخَرُ بِئْرًا فِي حَرِيمِ الأَوَّلِ: لِلْأَوَّلِ أَنْ يُصْلِحَهُ وَيَكْبِسَهُ تَبَرُّعًا، وَلَوْ أَرَادَ أَخْذَ الثَّانِي فِيهِ، قِيلَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيَكْبِسَهُ؛ لِأَنَّ إِزَالَةَ جِنَايَةِ حَفْرِهِ بِهِ كَمَا فِي الكُنَاسَةِ يُلْقِيهَا فِي دَارِ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِرَفْعِهَا، وَقِيلَ: يُضَمِّنُهُ النُّقْصَانَ ثُمَّ يَكْبِسُهُ بِنَفْسِهِ كَمَا إِذَا هَدَمَ جِدَارَ غَيْرِهِ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ ذَكَرَهُ فِي أَدَبِ القَاضِي لِلْخَصَّافِ. وَذَكَرَ طَرِيقَ مَعْرِفَةِ النُّقْصَانِ، ....

في الأوضح: مقدار الحريم في البئر بأربعين أو ستين إذا لم يكن الحبل مجاوزًا بهذا المقدار، أما إذا كان الحبل مجاوزًا يستحق الحريم في منتهى الحبل، أما في الناضح ظاهر؛ لاحتياجه إليه، وكذا في العطن؛ لما ذكرنا أنه يستقي منها بالناضح.

وإنما يقتصر الحريم منتهى الحبل أيضًا إذا لم يكن في الأرض رخاوة، بحيث لو حفر آخر بئرًا وراء منتهى الحبل لا ينتقص الماء الأول، أو لا يجف بتحوله إليها، أما لو كان بها مثل هذه الرخاوة تستحق وراء منتهى الحبل بقدر ما يؤمنه من ذلك، ولهذا لو حفر بئرًا فيما وراء الحريم، ونضب الماء الأول:

قال مالك: تُطَمُّ البئر الثانية، وعند الشافعي وأحمد: لا تُطَمُّ.

قوله: (**وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم**) وبه قال أحمد، وقال الشافعي والقاضي الحنبلي: لا يملك، بل هو أحق.

قوله: (**للأول أن يصلحه**) أي: بالكنس (**ويكبسه**) عطف تفسير، أي: يصلحه بالكنس[1]، كما في قوله: أعجبني زيد وكرمه، أي: أعجبني كرم زيد.

قوله: (**كما إذا هدم جدار غيره**) حيث يضمن الهادم، ويبني الجدار بنفسه.

قوله: (**وذكر**) أي: الخصاف (**طريق معرفة النقصان**)، وهو أن يقوم ما قبل الحفر، ويقوم ما بعد الحفر، فيضمن نقصان ما بينهما.

---

(١) كذا بالأصول، وفي المتن المطبوع: (بالكبس..يكبسه..بالكبس).

وَمَا عَطِبَ فِي الأَوَّلِ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، إِنْ كَانَ بِإِذْنِ الإِمَامِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ عِنْدَهُمَا. وَالعُذْرُ لِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ جَعَلَ فِي الحَفْرِ تَحْجِيرًا، وَهُوَ بِسَبِيلٍ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَمْلِكُهُ بِدُونِهِ، وَمَا عَطِبَ فِي الثَّانِيَةِ، فَفِيهِ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ حَيْثُ حَفَرَ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، وَإِنْ حَفَرَ الثَّانِي بِئْرًا وَرَاءَ حَرِيمِ الأُولَى فَذَهَبَ مَاءُ البِئْرِ الأُولَى فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي حَفْرِهَا، وَلِلثَّانِي الحَرِيمُ مِن الجَوَانِبِ الثَّلَاثَةِ دُونَ الجَانِبِ الأَوَّلِ، لِسَبْقِ مِلْكِ الحَافِرِ الأَوَّلِ فِيهِ (وَالقَنَاةُ لَهَا حَرِيمٌ بِقَدْرِ مَا يُصْلِحُهَا) وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البِئْرِ فِي اسْتِحْقَاقِ الحَرِيمِ. وَقِيلَ: هُوَ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَهُ: لَا حَرِيمَ ....

قوله:[(١)] وهو أن يجعل الحفر محجرًا، والتحجير بغير إذن الإمام [يجوز][(٢)] وإن لم يثبت له الملك بذلك.

قوله: (**لأنه غير متعدٍّ**) والماء تحت الأرض غير مملوك لأحد، فليس له أن يخاصمه في تحويل ماء بئره إلى بئر الثاني، كالتاجر إذا كان له حانوت، فاتخذ آخر بجنبه حانوتًا بمثل تلك الحانوت، فكسد من تجارة الأول لم يكن له أن يخاصمه.

وكما لو حفر بئرًا في ملكه أعمق من البئر التي في دار جاره، وجاره لا يتضرر برائحته، أو جعل داره مخبزًا في وسط العطارين ونحوه مما يؤذي جاره يمنع منه، خلافًا للشافعي وأحمد في رواية، وفي رواية: يمنع كقولنا.

للشافعي أنه تصرف في ملكه، فأشبه بناءه ونقضه.

لنا قوله ﷺ: «**لا ضَررَ ولا ضِرارَ في الإسلام**»[(٣)] ولأنه إضرار بجاره فيمنع، كمنع الدق الذي يهز الحيطان ويخربها، وكإلقاء السماد والتراب ونحوه في أصل حائطه على وجه يضر به.

قوله: (**بمنزلة البئر في استحقاق الحريم**) وبه قال الشافعي في وجه.

---

(١) كذا بالأصول، ولعل الكلمة المشروحة هي (تحجيرًا).
(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وما أثبتناه من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط من حديث جابر رضي الله عنه كما في مجمع الزوائد للهيثمي (٤/ ١١٠ رقم ٦٥٣٦): وقال: فيه ابن إسحاق، وهو ثقة، ولكنه مدلس.

لَهَا مَا لَمْ يَظْهَرِ المَاءُ عَلَى الأَرْضِ(*)؛ لِأَنَّهُ نَهْرٌ فِي التَّحْقِيقِ، فَيُعْتَبَرُ بِالنَّهْرِ الظَّاهِرِ. قَالُوا: وَعِنْدَ ظُهُورِ المَاءِ عَلَى الأَرْضِ هُوَ بِمَنْزِلَةِ عَيْنٍ فَوَّارَةٍ، فَيُقَدَّرُ حَرِيمُهُ بِخَمْسِمِائَةِ ذِرَاعٍ (وَالشَّجَرَةُ تُغْرَسُ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ لَهَا حَرِيمٌ أَيْضًا حَتَّى لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَغْرِسَ شَجَرًا فِي حَرِيمِهَا)؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى حَرِيمٍ لَهُ يَجِدُ فِيهِ ثَمَرَهُ وَيَضَعُهُ فِيهِ، وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ مِن كُلِّ جَانِبٍ، بِهِ وَرَدَ الحَدِيثُ.

قَالَ: (وَمَا تَرَكَ الفُرَاتُ، أَو الدَّجْلَةُ وَعَدَلَ عَنْهُ المَاءُ، وَيَجُوزُ عَوْدُهُ إِلَيْهِ: لَمْ يَجُزْ إِحْيَاؤُهُ) لِحَاجَةِ العَامَّةِ إِلَى كَوْنِهِ نَهْرًا (وَإِنْ كَانَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ: فَهُوَ كَالمَوَاتِ إِذَا لَمْ يَكُنْ حَرِيمًا لِعَامِرٍ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مِلْكِ أَحَدٍ، لِأَنَّ قَهْرَ المَاءِ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ، وَهُوَ اليَوْمَ فِي يَدِ الإِمَامِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ لَهُ نَهْرٌ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ: فَلَيْسَ لَهُ حَرِيمٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنْ

وفي شرح الوجيز: حريمه المقدار الذي لو حفر فيه لنقص ماؤه أو خيف انهيار وانكباس، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها.

قوله: (**به ورد الحديث**) وما رواه أبو داود[1] بإسناده أنه اختصم في حريم نخلة إلى النبي ﷺ، «**فأمرَ بجريدٍ من جَرائِدِها فَذُرِعَتْ**»، فكانت خمسة أذرع أو سبعة أذرع، فقضى بذلك.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: وهذا حديث صحيح مشهور، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (**وهو اليوم**) أي: متروك الدجلة أو الفرات.

قوله: (**ومن كان له نهر في أرض غيره**).

وفي شرح الطحاوي: لو تنازعا في المُسَنّاة، وكان بين الأرض والنهر حائل[2]، كالحائط ونحوه، فالمُسَنّاة لصاحب النهر بالإجماع، ولو لم يكن بينهما حائل؛ فعنده: لصاحب الأرض، ولصاحب النهر فناء حق، حتى لو أراد

(*) الراجح: قول محمد.

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣١٦ رقم ٣٦٤٠) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه وصححه الشيخ الألباني في الضعيفة (٧/ ٢٨٤).

(٢) في الأصل: (سائل) والمثبت من النسخة الثانية.

يُقِيمَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ، وَقَالَا: لَهُ مُسَنَّاةُ النَّهْرِ يَمْشِي عَلَيْهَا وَيُلْقِي عَلَيْهَا طِينَهُ) قِيلَ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَنْ حَفَرَ نَهْرًا فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ بِإِذْنِ الْإِمَامِ لَا يَسْتَحِقُّ الْحَرِيمَ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا يَسْتَحِقُّهُ؛ لِأَنَّ النَّهْرَ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْحَرِيمِ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمَشْيِ لِتَسْيِيلِ الْمَاءِ، وَلَا يُمْكِنُهُ الْمَشْيُ عَادَةً فِي بَطْنِ النَّهْرِ وَإِلَى إِلْقَاءِ الطِّينِ، وَلَا يُمْكِنُهُ النَّقْلُ إِلَى مَكَانٍ بَعِيدٍ إِلَّا بِحَرَجٍ، فَيَكُونُ لَهُ الْحَرِيمُ اعْتِبَارًا بِالْبِئْرِ. وَلَهُ: أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَفِي الْبِئْرِ عَرَفْنَاهُ بِالْأَثَرِ، وَالْحَاجَةُ إِلَى الْحَرِيمِ فِيهِ

صاحب الأرض هدمها أو رفعها كان لصاحب النهر منعه، وعندهما: المُسنّاة لصاحب النهر.

وفي كشف الغوامض: الخلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كربه في كل وقت، أما إذا كان صغيرًا بحيث لا يحتاج إلى كربها في كل وقت فله حريم بالاتفاق اعتبارًا بالبئر؛ لما أن استحقاق الحريم باعتبار الحاجة، وصاحب النهر محتاج إلى ذلك، ومتى كان المعنى في المنصوص معقولًا يتعدى الحكم بذلك المعنى إلى الفروع.

قوله: (لا يستحق الحريم عنده) أي: قياسًا.

قوله: (على ما ذكرناه) وهو قوله: **(ولأن القياس يأباه)** إلى آخره.

قوله: (والحاجة إلى[1] الحريم في[2] البئر فيه)[3] أي: في البئر، على تأويل القليب أو الجب فوق الحاجة في[4] الحريم في النهر؛ لأن الحاجة في البئر متحققة في الحال، وهاهنا الحاجة موهومة باعتبار الكَرْي، وقد لا يحتاج، والانتفاع في البئر لا يتأتى بدون الحريم، وهنا يتأتى، إلا أنه يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسطه، فلم يكن في معنى المنصوص، فأخذنا فيه بأصل القياس.

---

(١) في الأصل: (في) وما أثبتناه من النسختين الثانية والثالثة.
(٢) في الأصل: (إلى) وما أثبتناه من النسختين الثانية والثالثة.
(٣) كذا بالأصول، والعبارة في المتن: (والحاجة إلى الحريم فيه) فتكون (في البئر) مقحمة.
(٤) كذا بالأصول، والأولى (إلى).

فَوْقَهَا إِلَيْهِ فِي النَّهْرِ؛ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالْمَاءِ فِي النَّهْرِ مُمْكِنٌ بِدُونِ الحَرِيمِ، وَلَا يُمْكِنُ فِي البِئْرِ إِلَّا بِالِاسْتِقَاءِ، وَلَا اسْتِقَاءَ إِلَّا بِالْحَرِيمِ، فَتَعَذَّرَ الإِلْحَاقُ.

وَوَجْهُ البِنَاءِ: أَنَّ بِاسْتِحْقَاقِ الحَرِيمِ تَثْبُتُ اليَدُ عَلَيْهِ اعْتِبَارًا تَبَعًا لِلنَّهْرِ، وَالقَوْلُ لِصَاحِبِ اليَدِ، وَبِعَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ تَنْعَدِمُ اليَدُ، وَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لِصَاحِبِ الأَرْضِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِنْ كَانَتْ مَسْأَلَةً مُبْتَدَأَةً: فَلَهُمَا: أَنَّ الحَرِيمَ فِي يَدِ صَاحِبِ النَّهْرِ بِاسْتِمْسَاكِهِ المَاءَ بِهِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ صَاحِبُ الأَرْضِ نَقْضَهُ.

ألا ترى أن من بنى قصرًا في مفازة لا يستحق بذلك حريمًا، وإن كان يحتاج إلى ذلك لإلقاء الكناسة فيه؛ لعدم ورود النص؛ إذ الحريم [٢/ ٤٣٢/ ب] يحتاج إلى التقدير، ونصب المقادير لا يكون بالرأي. كذا في المبسوط[(١)].

قوله: (ووجه البناء) يعني لما ثبت من أصلهما أن صاحب النهر يستحق الحريم بدون المنازعة كان الظاهر شاهدًا له، وهو معنى قوله: **(أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه)** كما ثبتت يده على النهر بالحفر، فعند المنازعة القول لصاحب اليد.

وعنده لما لم يستحق النهر حريمًا فالظاهر لصاحب الأرض؛ لما يجيء، والأرض ملكه، والحريم متصل به، فعند المنازعة القول لمن كان الظاهر شاهدًا له، وهذا معنى **قوله: (وبعدم استحقاقه)** أي: صاحبِ النهرِ، الحريمَ. **(تنعدم اليد)** أي: يد صاحب النهر على الحريم.

(والظاهر يشهد لصاحب الأرض) يعني الحريم وإن اتصل بالنهر أيضًا فالظاهر أنه لصاحب الأرض؛ لأنه من جنس الأرض يصلح لما تصلح له الأرض، وليس من جنس اليد من حيث الانتفاع، فكما أن صاحب النهر يمسك الماء بالحريم في نهره، فصاحب الأرض أيضًا يدفع الماء والحريم من أرضه، فقد استويا[(٢)] في استعمال الحريم، فله أن يغرس، ولكن ليس له أن يهدمه؛ لأن لصاحب النهر حق استمساك الماء في نهره، فلا يكون له أن يبطل حقه، بمنزلة

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٧٦- ١٧٧).

(٢) في الأصل: (استوفا) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

وَلَهُ: أَنَّهُ أَشْبَهُ بِالأَرْضِ صُورَةً وَمَعْنًى، أَمَّا صُورَةً فَلِاسْتِوَائِهِمَا، وَمَعْنًى مِن حَيْثُ صَلَاحِيَّتُهُ لِلْغَرْسِ وَالزِّرَاعَةِ، وَالظَّاهِرُ شَاهِدٌ لِمَنْ فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُ بِهِ، كَاثْنَيْنِ تَنَازَعَا فِي مِصْرَاعِ بَابٍ لَيْسَ فِي يَدِهِمَا، وَالمِصْرَاعُ الآخَرُ مُعَلَّقٌ عَلَى بَابِ أَحَدِهِمَا، يُقْضَى لِلَّذِي فِي يَدِهِ مَا هُوَ أَشْبَهُ بِالْمُتَنَازَعِ فِيهِ، وَالقَضَاءُ فِي مَوْضِعِ الخِلَافِ قَضَاءُ تَرْكٍ، وَلَا نِزَاعَ فِيمَا بِهِ اسْتِمْسَاكُ المَاءِ، إِنَّمَا النِّزَاعُ فِيمَا وَرَاءَهُ مِمَّا يَصْلُحُ لِلْغَرْسِ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُسْتَمْسِكًا بِهِ مَاءُ نَهْرِهِ فَالآخَرُ دَافِعٌ بِهِ المَاءَ عَنْ أَرْضِهِ، وَالمَانِعُ مِن نَقْضِهِ تَعَلُّقُ حَقِّ صَاحِبِ النَّهْرِ لَا مِلْكُهُ. كَالحَائِطِ لِرَجُلٍ، وَلِآخَرَ عَلَيْهِ جُذُوعٌ لَا يَتَمَكَّنُ مِن نَقْضِهِ وَإِنْ كَانَ مَلَكَهُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: نَهْرٌ لِرَجُلٍ إِلَى

حائط الرجل، ولآخر عليه جذع، كذا في المبسوط[1]، وهو معنى قوله: (على ما نذكره إن شاء الله تعالى).

قوله: (**استمساك لمائه به**)؛ أي: بالحريم.

قوله: (**نَقضِه**)؛ أي: نقض الحريم.

قوله: (**ما هو أشبه به**)؛ أي: بالحريم.

قوله: (**والقضاء في موضع الخلاف**)؛ أي: في مسألة: (من كان له نهر في أرض غيره).

قوله: (**قضاءُ تركٍ**) لا قضاء ملك واستحقاق، وإنما ذكر هذا؛ لأن صاحب النهر لو أقام بينة بعد هذا على أن المُسنّاة ملكه تقبل بينته، ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته؛ لأن الأصل أن من صار مقضيًّا عليه في حادثة لا يصير مقضيًّا له في تلك الحادثة، إلا إذا كان القضاء قضاء ترك، فحينئذ يصير مقضيًّا له بعد إقامة البينة؛ لأنه لم يصر مقضيًّا عليه.

وقوله: (**ولا نزاع فيما به استمساك الماء**) جواب عن قولهما: إن الحريم في يد صاحب النهر بإمساكه الماء.

قوله: (**لا يتمكن من نقضه**) أي: نقض الحائط وإن كان الحائط ملكه؛

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٧٧).

جَنْبِهِ مُسَنَّاةٌ، وَلِآخَرَ خَلْفَ الْمُسَنَّاةِ أَرْضٌ تَلْزَقُهَا، وَلَيْسَتِ الْمُسَنَّاةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا: فَهِيَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هِيَ لِصَاحِبِ النَّهْرِ حَرِيمًا لِمُلْقَى طِينِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ). وَقَوْلُهُ: وَلَيْسَتِ الْمُسَنَّاةُ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا: مَعْنَاهُ: لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ غَرْسٌ، وَلَا طِينٌ مُلْقًى، فَيَنْكَشِفُ بِهَذَا اللَّفْظِ مَوْضِعُ الخِلَافِ، أَمَّا إِذَا كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ ذَلِكَ: فَصَاحِبُ الشُّغْلِ أَوْلَى، لِأَنَّهُ صَاحِبُ يَدٍ. وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ غَرْسٌ لَا يُدْرَى مَنْ غَرَسَهُ فَهُوَ مِن مَوَاضِعِ الخِلَافِ أَيْضًا.

وَثَمَرَةُ الِاخْتِلَافِ: أَنَّ وِلَايَةَ الغَرْسِ لِصَاحِبِ الأَرْضِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا لِصَاحِبِ النَّهْرِ. وَأَمَّا إِلْقَاءُ الطِّينِ، فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ: إِنَّ لِصَاحِبِ النَّهْرِ ذَلِكَ مَا لَمْ يُفْحِشْ. وَأَمَّا المُرُورُ: فَقَدْ قِيلَ: يُمْنَعُ صَاحِبُ النَّهْرِ عِنْدَهُ، وَقِيلَ: لَا يُمْنَعُ لِلضَّرُورَةِ. قَالَ الفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ: آخُذُ بِقَوْلِهِ فِي الغَرْسِ، وَبِقَوْلِهِمَا فِي إِلْقَاءِ الطِّينِ. ثُمَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ حَرِيمَهُ مِقْدَارُ نِصْفِ النَّهْرِ مِن كُلِّ جَانِبٍ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ: مِقْدَارُ بَطْنِ النَّهْرِ مِن كُلِّ جَانِبٍ. وَهَذَا أَرْفَقُ بِالنَّاسِ.

رعاية لحق صاحب الجذوع.

قوله: (**ليس لأحدهما عليه**)؛ أي: على المسناة، على تأويل الحريم (**غرس**) يعني إذا كان لأحدهما غرس فلصاحب الغرس بالاتفاق، وكذا إذا كان الطين ملقى عليه كان لصاحب النهر بالاتفاق قبل إلقاء الطين على الخلاف؛ لما أنه ذكر في الأسرار في تعليل قول أبي حنيفة.

وأما الحاجة فيحتمل أن يكون الجواب[1] عند أبي حنيفة رحمه الله؛ أي: لصاحب النهر حق المرور وحق إلقاء الطين، ولا يملك أصل الرقبة، فيكون لصاحب الأرض حق الغرس والانتفاع بوجه لا يفسد عليه النهر ومنافعه، وبذلك الطريق ظهر عمل الناس اليوم من غير نكير.

قوله: (**وهذا أرفق بالناس**) أي: الذين هم أهل النهر.

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسختين: (الجواز).

فُصُولٌ فِي مَسَائِلِ الشُّرْبِ

فَصْلٌ في المِيَاهِ

(وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ نَهْرٌ أَوْ بِئْرٌ أَوْ قَنَاةٌ: فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ شَيْئًا مِن الشَّفَةِ، وَالشَّفَةُ: الشُّرْبُ لِبَنِي آدَمَ وَالبَهَائِمِ) اعْلَمْ أَنَّ المِيَاهَ أَنْوَاعٌ: مِنهَا مَاءُ البِحَارِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِن النَّاسِ فِيهَا حَقُّ الشَّفَةِ وَسَقْيِ الأَرَاضِي، حَتَّى إِنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَكْرِيَ نَهْرًا مِنهَا إِلَى أَرْضِهِ: لَمْ يُمْنَعْ مِن ذَلِكَ، وَالِانْتِفَاعُ بِمَاءِ البَحْرِ كَالِانْتِفَاعِ بِالشَّمْسِ وَالقَمَرِ وَالهَوَاءِ، فَلَا يُمْنَعُ مِن الِانْتِفَاعِ بِهِ عَلَى أَيِّ وَجْهٍ شَاءَ، وَالثَّانِي: مَاءُ الأَوْدِيَةِ العِظَامِ كَجَيْحُونَ وَسَيْحُونَ وَدِجْلَةَ وَالفُرَاتِ، ....

فُصُولٌ فِي مَسَائِلِ الشُّرْبِ

فَصْلٌ فِي المِيَاهِ

لما ذكر إحياء الموات، وهو يحتاج إلى الشرب، عقبه بذكر أحكام الشرب، وفيه فصول، فقدم فصل المياه على الكراء؛ لأن الماء هو المقصود، ثم الكراء على المنازعة لأن الدعوى والمنازعة كالعارض.

قوله: (والشَّفَةُ: الشِّرب لبني آدم).

في المغرب[١]: الشَّفَةُ: واحدُ الشفاهِ، وأصلها: شَفَهَة، سقطت الهاء تخفيفًا، والجمع: شفاه، بالهاء، وتصغيرها: شُفَيْهَةٌ، على الأصل، ويقال: هم أهل الشفة، أي: لهم حق الشرب بشفاههم، وأن يسقوا دوابهم، وهكذا في الطلبة[٢].

قوله: (ماء الأودية) الأودية: جمع الوادي على غير قياس.

في الصحاح: أصل التركيب يدل على الجري والخروج، فسمي الوادي به، أي: يجري، فكان إطلاقُ اسم الحال على المحل.

(الجيحون): نهر خوارزم **(وسيحون)**: نهر الترك **(ودجلة)**: نهر بغداد **(والفرات)**: نهر الكوفة، وضَفَّة النهر، بالفتح والكسر: حافته. كذا في المغرب.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٢٥٤).

(٢) طلبة الطلبة للنسفي (ص: ١٥٦).

لِلنَّاسِ فِيهِ حَقُّ الشَّفَةِ عَلَى الإِطْلَاقِ، وَحَقُّ سَقْيِ الأَرَاضِي، فَإِنْ أَحْيَا وَاحِدٌ أَرْضًا مَيْتَةً، وَكَرَى مِنهُ نَهْرًا لِيَسْقِيَهَا.

إِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِالعَامَّةِ، وَلَا يَكُونُ النَّهْرُ فِي مِلْكِ أَحَدٍ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ فِي الأَصْلِ، إِذْ قَهْرُ المَاءِ يَدْفَعُ قَهْرَ غَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِالعَامَّةِ: فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ دَفْعَ الضَّرَرِ عَنْهُمْ وَاجِبٌ، وَذَلِكَ فِي أَنْ يَمِيلَ المَاءُ إِلَى هَذَا الجَانِبِ إِذَا انْكَسَرَتْ ضِفَّتُهُ فَيُغْرِقَ القُرَى وَالأَرَاضِي، وَعَلَى هَذَا نَصْبُ الرَّحَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ شَقَّ النَّهْرِ لِلرَّحَى كَشَقِّهِ لِلسَّقْيِ بِهِ. وَالثَّالِثُ: إِذَا دَخَلَ المَاءُ فِي المَقَاسِمِ فَحَقُّ الشَّفَةِ ثَابِتٌ.

وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: المَاءِ، وَالكَلَإِ، وَالنَّارِ» وَأَنَّهُ يَنْتَظِمُ الشُّرْبَ وَالشِّرْبُ، خُصَّ مِنهُ الأَوَّلُ، وَبَقِيَ الثَّانِي، وَهُوَ الشَّفَةُ، وَلِأَنَّ البِئْرَ وَنَحْوَهَا مَا وُضِعَ لِلإِحْرَازِ. وَلَا يُمْلَكُ المُبَاحُ بِدُونِهِ، كَالظَّبْيِ إِذَا تَكَنَّسَ فِي أَرْضِهِ، وَلِأَنَّ فِي إِبْقَاءِ الشَّفَةِ ضَرُورَةً؛ لِأَنَّ الإِنْسَانَ لَا يُمْكِنُهُ اسْتِصْحَابُ

قوله: («**شُرَكاءُ في ثلاثٍ**») والقياس أن يقول: في ثلاثة؛ تغليبًا للمذكر، ولكن في فصيح [الكلام][(١)] إذا لم يكن المعدود على لفظ المؤنث، كما في قوله ﷺ: «**من صام رمضانَ وأَتْبَعَهُ بِسِتٍّ مِن شوالٍ**» والصوم يتحقق في الأيام دون الليالي، وإنما [٢/ ٤٣٣/ أ] نظر إلى لفظ الأعداد، وصوم مؤنث، ولا خلاف لأحد فيه من العلماء؛ إذ الماء والنار والكلأ موجودة بإيجاد الله تعالى على أصل الإباحة.

قوله: (**وأنه**) أي: قوله: شركاء (**ينتظم الشرب**) والشرب خص منه الأول بالإجماع، والمراد بالشركة الإباحة في الماء لا شركة الملك في الماء الذي لم يحرز، ولأن البئر ونحوها كالحوض، وما وضع للإحراز[(٢)].

(**ولا يملك المباح بدونه**) أي: بدون الإحراز (**كالظبي إذا تنكس**) أي دخل في الكناس. وفي بعض النسخ (تكسّر)[(٣)].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (للاخران) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) كذا بالنسختين الأولى والثانية، وفي الثالثة: (تكسب).

الْمَاءِ إِلَى كُلِّ مَكَان وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِنَفْسِهِ وَظَهْرِهِ؛ فَلَوْ مُنِعَ عَنْهُ أَفْضَى إِلَى حَرَجٍ عَظِيمٍ، وَإِنْ أَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَسْقِيَ بِذَلِكَ أَرْضًا أَحْيَاهَا كَانَ لِأَهْلِ النَّهْرِ أَنْ يَمْنَعُوهُ عَنْهُ أَضَرَّ بِهِمْ أَوْ لَمْ يَضُرَّ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ خَاصٌّ لَهُمْ وَلَا ضَرُورَةَ. وَلِأَنَّا لَوْ أَبَحْنَا ذَلِكَ لَانْقَطَعَتْ مَنْفَعَةُ الشِّرْبِ.

وَالرَّابِعُ: الْمَاءُ الْمُحَرَّزُ فِي الْأَوَانِي، وَأَنَّهُ صَارَ مَمْلُوكًا لَهُ بِالْإِحْرَازِ، وَانْقَطَعَ حَقُّ غَيْرِهِ عَنْهُ، كَمَا فِي الصَّيْدِ الْمَأْخُوذِ، إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ شُبْهَةُ الشَّرِكَةِ نَظَرًا إِلَى الدَّلِيلِ وَهُوَ مَا رَوَيْنَا، حَتَّى لَوْ سَرَقَهُ إِنْسَانٌ فِي مَوْضِعٍ يَعِزُّ وُجُودُهُ وَهُوَ يُسَاوِي نِصَابًا: لَمْ تُقْطَعْ يَدُهُ.

قوله: (هو ما روينا) أراد قوله ﷺ: «**النَّاسُ شركاءُ في الثَّلاثِ**»(١).

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي ألا يقطع في شيء ما؛ لأنه تعالى قال: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة:٢٩] فيورث شبهة بهذا الطريق.

قلنا: ليس هذا نظير ذلك؛ لأن فيما نحن فيه شركة في الأشياء المخصوصة بعد ثبوت شركة العامة، ولهذا لم تورث الشركة العامة شبهة في سقوط حد الزنا، فإنه لو زنى بأمة الغير يجب الحد، ولو زنى بأمة مشتركة بينه وبين غيره لم يجب الحد؛ إذ لو عملنا بعموم قوله: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ يلزم انسداد باب الحدود، وبطل العموم بالآيات الدالة عليها من قوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ و﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ وهو الأصح؛ لأن العمل بخبر الواحد، وهو قوله ﷺ: «**ادرَؤُوا الحدودَ ما استطعتمْ**»(٢) إنما يصح أن لو بقي الكتاب معمولًا عند العمل بخبر الواحد؛ فعلم أن المراد الشبهة الخاصة لا العامة.

وفي المبسوط(٣) وفتاوى قاضي خان: أما الشركة في الكلأ، وهو الحشيش الذي نبت من غير أن ينبته أحد، فلا يملكه صاحبه بكونه في أرضه، حتى لو

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٨٥ رقم ١٤٢٤) من حديث عائشة ﵂ مرفوعا: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» وصححه الحاكم (٤/ ٤٢٦ رقم ٨١٦٣).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٦٥).

وَلَوْ كَانَ البِئْرُ أَو العَيْنُ أَو الحَوْضُ أَو النَّهْرُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ: لَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَنْ يُرِيدُ الشَّفَةَ مِن الدُّخُولِ فِي مِلْكِهِ إِذَا كَانَ يَجِدُ مَاءً آخَرَ يَقْرُبُ مِن هَذَا المَاءِ فِي غَيْرِ مِلْكِ أَحَدٍ، وَإِنْ كَانَ لَا يَجِدُ، يُقَالُ لِصَاحِبِ النَّهْرِ: إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الشَّفَةَ أَوْ تَتْرُكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ، بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكْسِرَ ضِفَّتَهُ، وَهَذَا مَرْوِيٌّ عَن الطَّحَاوِيِّ، وَقِيلَ: مَا قَالَهُ صَحِيحٌ فِيمَا إِذَا احْتَفَرَ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ. أَمَّا إِذَا احْتَفَرَهَا فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ: فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ؛ لِأَنَّ المَوَاتَ كَانَ مُشْتَرَكًا، وَالحَفْرُ لِإِحْيَاءِ حَقٍّ مُشْتَرَكٍ، فَلَا يَقْطَعُ الشِّرْكَةَ فِي الشَّفَةِ، وَلَوْ مَنَعَهُ عَنْ ذَلِكَ، وَهُوَ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ ظَهْرِهِ العَطَشَ: لَهُ أَنْ يُقَاتِلَهُ بِالسِّلَاحِ، لِأَنَّهُ قَصَدَ إِتْلَافَهُ بِمَنْعِ حَقِّهِ وَهُوَ الشَّفَةُ، وَالمَاءُ فِي البِئْرِ مُبَاحٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ، بِخِلَافِ المَاءِ المُحَرَّزِ فِي الإِنَاءِ حَيْثُ يُقَاتِلُهُ بِغَيْرِ السِّلَاحِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَهُ، وَكَذَا الطَّعَامُ عِنْدَ إِصَابَةِ المَخْمَصَةِ، وَقِيلَ فِي البِئْرِ وَنَحْوِهَا: الأَوْلَى أَنْ يُقَاتِلَهُ بِغَيْرِ السِّلَاحِ بِعَصًا؛ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مَعْصِيَةً، فَقَامَ ذَلِكَ مَقَامَ التَّعْزِيرِ لَهُ؛ وَالشَّفَةُ إِذَا كَانَ يَأْتِي عَلَى المَاءِ كُلِّهِ بِأَنْ كَانَ جَدْوَلًا صَغِيرًا. وَفِيمَا يَرِدُ مِن الإِبِلِ وَالمَوَاشِي كَثْرَةٌ

قطعه غيره وأحرزه ملكه إلا أنه لا يدخل أرضه بغير إذنه، فإن كان لا يجد ذلك في موضع آخر يقول لصاحب الأرض: إما أن يَحْتَشَّ ويدفع إليه، وإما أن يأذن بالدخول.

بخلاف الشجر، فإن الشجر إذا نبت في أرض إنسان بغير إنبات يكون لصاحب الأرض؛ لأنه من أجزاء أرضه، والنص ورد في الكلإ بخلاف القياس، والشجر ما له ساق، كالسوس والشوك، والحشيش ما نبت على وجه الأرض بلا ساق فلو أَنْبَتَ الحشيشَ صاحبُ الأرض ليس لأحد أن ينتفع به بغير رضاه.

وأما بيان الشركة في النار فإن من أوقد نارًا أو سراجًا فلكل أحد أن يستضيء بضوئه، ويصطلي بناره، ويجفف الثياب، لكن لا يأخذ الجمر، فإن ذلك حطب وفحم، وهو ملك صاحبه، حتى لو أخذه وله قيمة كان لصاحبه أن يسترده منه، وإن لم يكن له قيمة لا يسترده منه؛ لأن الناس لا يمنعون هذا القدر عادة، والمانع مُتَعَنِّت، والمتعنت ممنوع شرعًا من التعنت.

قوله: (والشفة إذا كان يأتي على الماء كله) أي: يفنيه ويستأصله.

يَنْقَطِعُ المَاءُ بِشُرْبِهَا، قِيلَ: لَا يُمْنَعُ مِنهُ؛ لِأَنَّ الإِبِلَ لَا تَرِدُهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ، وَصَارَ كَالمُيَاوَمَةِ وَهُوَ سَبِيلٌ فِي قِسْمَةِ الشِّرْبِ. وَقِيلَ لَهُ: أَنْ يَمْنَعَ اعْتِبَارًا بِسَقْيِ المَزَارِعِ وَالمَشَاجِرِ، وَالجَامِعُ تَفْوِيتُ حَقِّهِ، وَلَهُمْ أَنْ يَأْخُذُوا المَاءَ مِنهُ لِلْوُضُوءِ وَغَسْلِ الثِّيَابِ فِي الصَّحِيحِ، ؛ لِأَنَّ الأَمْرَ بِالوُضُوءِ وَالغُسْلِ فِيهِ - كَمَا قِيلَ - يُؤَدِّي إِلَى الحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَسْقِيَ شَجَرًا أَوْ خضِرًا فِي دَارِهِ حَمْلًا بِجِرَارِهِ: لَهُ ذَلِكَ فِي الأَصَحِّ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَوَسَّعُونَ فِيهِ، وَيَعُدُّونَ المَنْعَ مِن الدَّنَاءَةِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْقِيَ

قوله: (وهو) أي: المُيَاوَمَة، على تأويل المذكور (سبيل في قسمة الشرب) قال تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥] والمشاجر: جمع الشجرة(١): موضع الشجر.

وفي المبسوط(٢): وعليه أكثر المشايخ؛ لأن النهر والقناة إنما يشق لسقي الأرض والشجر والزرع، فليس لغيره أن يسوي نفسه بالمستحق ويضره فيما هو المقصود، فلمالكه أن يمنع غيره من سقي أرضه وكسر ضفته باعتبار ذلك، فكذا يمنع فيما نحن فيه؛ لأنه يصير به صاحب الحق يتضرر في المزارع، ككسر الضفة.

وعن أحمد: له سقي أرضه على وجه لا يكسر الضفة، وبقولنا قال أصحاب الشافعي ومالك والقاضي الحنبلي.

قوله: (ولهم) أي: لأهل الشفة (أن يأخذوا الماء منه) من النهر المملوك والبئر المملوك (في الصحيح) ويحترز به عما قال بعض المشايخ: يتوضأ في النهر ويغسل الثياب فيه، قلنا: فيه من الحرج ما لا يخفى.

قوله: (له ذلك في الأصح) واحترز به عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ، فإنهم قالوا: ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر؛ لأنه ليس من الشفة.

وفي المبسوط: اختلفوا في التوضؤ بماء السقاية؛ قيل: يجوز، وقيل: إن

---

(١) كذا بالأصل، وفي النسختين: (المشاجرة) وكله خطأ، وصوابه: (مَشْجَرَة)، في القاموس (١/ ٤١٣): وأرضٌ شَجِرَةٌ ومَشْجَرَةٌ وشَجْراءُ: كثيرَتُهُ.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٧٠).

أَرْضَهُ وَنَخْلَهُ وَشَجَرَهُ مِن نَهْرِ هَذَا الرَّجُلِ وَبِئْرِهِ وَقَنَاتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ نَصًّا، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ مِن ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ مَتَى دَخَلَ فِي الْمَقَاسِمِ انْقَطَعَتْ شِرْكَةُ الشِّرْبِ بِوَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ فِي إِبْقَائِهِ قَطْعَ شِرْبِ صَاحِبِهِ، وَلِأَنَّ الْمَسِيلَ حَقُّ صَاحِبِ النَّهْرِ، وَالضِّفَّةُ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّهُ، فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْيِيلُ فِيهِ، وَلَا شَقُّ الضِّفَّةِ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ صَاحِبُهُ فِي ذَلِكَ أَوْ أَعَارَهُ: فَلَا بَأسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ فَتُجْرَى فِيهِ الإِبَاحَةُ كَالْمَاءِ الْمُحَرَّزِ فِي إِنَائِهِ.

فصلٌ في كَرْيِ الأنهارِ:

قَالَ ﷺ: الأَنْهَارُ ثَلَاثَةٌ: نَهْرٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ، وَلَمْ يَدْخُلْ مَاؤُهُ فِي الْمَقَاسِمِ بَعْدُ كَالْفُرَاتِ وَنَحْوِهِ، وَنَهْرٌ مَمْلُوكٌ دَخَلَ مَاؤُهُ فِي الْقِسْمَةِ إِلَّا أَنَّهُ عَامٌّ. وَنَهْرٌ مَمْلُوكٌ

كان الماء كثيرًا يجوز، وإلا فلا، وكذا كل ما أعد للشرب لا يجوز منه التوضؤ ويمنع منه، كالحياض التي أعدت للشرب، وهو الصحيح.

وفي الذخيرة والمنية: عبد أو أمة أو صبي إذا ملأ الكوز من ماء الحوض أو أراق بعض ذلك في الحوض؛ لا يحل لأحد أن يشرب الماء من ذلك الحوض؛ لأن الماء الذي في الكوز يصير ملكًا للآخذ، فإذا اختلط بالماء المباح، ولا يمكن التمييز لا يحل أن يشرب الماء [٢/ ٤٣٣/ ب].

ولو أمر صبيًّا أبوه أو أمّه بإتيان الماء من الوادي أو الحوض في الكوز فجاء به لا يحل لأبويه أن يشربا من ذلك الماء إذا لم يكونا فقيرين؛ لأن الماء صار مملوكًا له، ولا يحل لهما الأكل من ماله بغير حاجة. وعن محمد؛ أنه يحل لأبويه شربه وإن كانا غَنِيَّين باعتبار العرف والعادة.

فَصْلٌ فِي كَرْيِ الأَنْهَارِ

قوله: (إلا أنه عامٌّ).

وفي مبسوط شيخ الإسلام: كحيفر وفراورد وحرام كارم ببخارى ومروروديمر[١].

---

(١) كذا صورة ما بالأصل، وفي الثانية: (كختفر وفراوز وحرام كام ببخارى ومروروذيم) وفي الثالثة: (كحيص ويزاور وحرام كما بخارى ومنوردذيم).

دَخَلَ مَاؤُهُ فِي القِسْمَةِ وَهُوَ خَاصٌّ. وَالفَاصِلُ بَيْنَهُمَا اسْتِحْقَاقُ الشَّفَةِ بِهِ وَعَدَمُهُ. فَالأَوَّلُ: كَرْيُهُ عَلَى السُّلْطَانِ مِن بَيْتِ مَالِ المُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الكَرْيِ لَهُمْ، فَتَكُونُ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِمْ، وَيُصْرَفُ إِلَيْهِ مِن مُؤْنَةِ الخَرَاجِ وَالجِزْيَةِ دُونَ العُشُورِ وَالصَّدَقَاتِ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ لِلْفُقَرَاءِ، وَالأَوَّلَ لِلنَّوَائِبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ المَالِ شَيْءٌ: فَالإِمَامُ يُجْبِرُ النَّاسَ عَلَى كَرْيِهِ، إِحْيَاءً لِمَصْلَحَةِ العَامَّةِ إِذْ هُمْ لَا يُقِيمُونَهَا بِأَنْفُسِهِمْ، وَفِي مِثْلِهِ قَالَ عُمَرُ ﷺ: لَوْ تُرِكْتُمْ لَبِعْتُمْ أَوْلَادَكُمْ، إِلَّا أَنَّهُ يُخْرِجُ لَهُ مَنْ كَانَ يُطِيقُهُ، وَيُجْعَلُ مُؤْنَتُهُ عَلَى المَيَاسِيرِ الَّذِينَ لَا يُطِيقُونَهُ بِأَنْفُسِهِم.

وقيل -في وجه انحصار الأنهار في الثلاثة-: إن النهر لا يخلو من أن يكون عامًّا لا يختص بأحد أو لا، فإن كان الأول فهو القسم الأول، وإن كان الثاني؛ فإن كان فيه جهة العموم أو لا، والأول: القسم الثاني، والثاني: القسم الثالث.

قوله: (والفاصل بينهما) أي: بين الخاص والعام **(استحقاق الشفعة[1] به وعدمه)** وقد ذكر ذلك في الشفعة أن كل نهر تجري فيه السفن لا يستحق به الشفعة، وما لا يجري يستحق عندهما، وعن أبي يوسف: الخاص ما يسقي منه قراحان أو ثلاثة، وما زاد عام.

وفي فتاوى قاضي خان: تكلموا في الخاص، قيل: لعشرة فما دونها، أو عليه قرية واحدة، يعني ماؤه، فهو نهر خاص تستحق به الشفعة، ولما فوق العشرة عام.

وقيل: إن ما لدون الأربعين فهو خاص، وإن كان لأربعين فهو عام.

وقيل: الفاضل المائة، وقيل: الألف، وأصح ما قيل فيه: أنه مفوض إلى رأي المجتهد حتى يختار؛ أيَّ الأقاويل شاء.

قوله: (ويجعل مؤنته على المياسير) كما يفعل في تجهيز الجيوش.

قوله: (يخرج له) أي: للكري **(من كان يطيقه)**.

---

(١) كذا بالأصول، وفي المتن: (الشفة).

وَأَمَّا الثَّانِي: فَكَرْيُهُ عَلَى أَهْلِهِ عَلَى بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ، وَالمَنْفَعَةَ تَعُودُ إِلَيْهِمْ عَلَى الخُصُوصِ وَالخُلُوصِ، وَمَنْ أَبَى مِنهُمْ يُجْبَرُ عَلَى كَرْيِهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ العَامِّ، وَهُوَ ضَرَرُ بَقِيَّةِ الشُّرَكَاءِ، وَضَرَرُ الآبِي خَاصٌّ، وَيُقَابِلُهُ عِوَضٌ فَلَا يُعَارَضُ بِهِ؛ وَلَوْ أَرَادُوا أَنْ يُحَصِّنُوهُ خِيفَةَ الِانْبِثَاقِ وَفِيهِ ضَرَرٌ عَامٌّ كَغَرَقِ الأَرَاضِي وَفَسَادِ الطُّرُقِ يُجْبَرُ الآبِي، وَإِلَّا فَلَا، لِأَنَّهُ مَوْهُومٌ بِخِلَافِ الكَرْيِ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ. وَأَمَّا الثَّالِثُ: وَهُوَ الخَاصُّ مِن كُلِّ وَجْهٍ فَكَرْيُهُ عَلَى أَهْلِهِ لِمَا بَيَّنَّا ثُمَّ قِيلَ: يُجْبَرُ الآبِي كَمَا فِي الثَّانِي. وَقِيلَ: لَا يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِن الضَّرَرَيْنِ خَاصٌّ. وَيُمْكِنُ دَفْعُهُ عَنْهُم بِالرُّجُوعِ عَلَى الآبِي بِمَا أَنْفَقُوا فِيهِ إِذَا كَانَ بِأَمْرِ القَاضِي فَاسْتَوَت الجِهَتَانِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وَلَا يُجْبَرُ لِحَقِّ الشَّفَةِ كَمَا إِذَا امْتَنَعُوا جَمِيعًا، وَمُؤْنَةُ كَرْيِ النَّهْرِ المُشْتَرَكِ

قوله: (ويقابله عوض) وهو حصته من الشرب (فلا يعارض) أي: الضرر العام (به) أي: بالضرر الخاص، بل يغلب جانب ضرر العام فيجعل ضررًا، ويجب السعي في إعدامه، فالآبي يريد قطع منفعة الماء عن نفسه وشركائه، وليس له ذلك، فلذلك أجبر عليه.

(**الِانْبِثَاق**) (ويران شدن بيد آب) قيل: يجبر الآبي، وهو قول أبي بكر الإسكاف، كما في الثاني، كما بينا، وقيل: لا يجبر، وهو قول أبي بكر بن سعد البلخي.

قوله: (فاستوت الجنبتان)[1] لأن كل واحد من الضررين يعوض؛ لأن ما يلحق الآبي يعوض؛ لأنه يسقي أرضه، وما يلحق الباقي يعوض أيضًا؛ لإمكانهم أن يرفعوا الأمر إلى الحاكم على أن يأذنهم بحفر نصيبه على أن يستوفوا نصيبه من الشرب. كذا في المبسوط والذخيرة.

(**بخلاف ما تقدم**) وهو الإجبار في النهر الثاني؛ فإن من أبى من أهله يجبر عليه؛ لما ذكرنا أن إحدى الجنبتين هناك عام، فيجبر الآبي؛ دفعًا للضرر.

قوله: (ولا جبر[2] لِحَقِّ الشَّفَةِ) جواب إشكال، وهو أن يقال: في كري

---

(١) كذا في النسختين، وفي المتن: (الجهتان).
(٢) كذا بالأصول، وفي المتن: (يُجْبَر).

عَلَيْهِمْ مِن أَعْلَاهُ، فَإِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ رُفِعَ عَنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀. وَقَالَا: هِيَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا مِن أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ بِحِصَصِ الشِّرْبِ وَالأَرْضِينَ(*)؛ لِأَنَّ لِصَاحِبِ الأَعْلَى حَقًّا فِي الأَسْفَلِ لِاحْتِيَاجِهِ إِلَى تَسْيِيلِ مَا فَضَلَ مِن المَاءِ فِيهِ. وَلَهُ: أَنَّ المَقْصِدَ مِن الكَرْيِ الِانْتِفَاعُ بِالسَّقْيِ، وَقَدْ حَصَلَ لِصَاحِبِ الأَعْلَى. فَلَا يَلْزَمُهُ إِنْفَاعُ غَيْرِهِ، ....

النهر الخاص إحياء حق الشفة للعامة، فيكون في الترك ضرر عام، فينبغي أن يجبر الآبي؛ دفعًا للضرر العام، وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا، فإنه ذكر في المبسوط(١): هذا إذا أبى البعض، فلو أبى الكل عن الكري ففي ظاهر الرواية: لا يجبرهم الإمام، كما لو امتنعوا عن عمارة أراضيهم، وقال بعض المتأخرين من أصحابنا: يجبرهم لحق أصحاب الشفة.

قوله: (وهذا) أي: رفع مؤنة الكري **(عند أبي حنيفة)** وبه قال الشافعي وأحمد.

وفي فتاوى قاضي خان: وبقوله أخذوا في الفتوى، [بيانه](٢) مثلًا: الشركاء عشرة، فمؤنة الكري من أول النهر إلى أن يجاوزوا أرضًا أخرى عشر عنده. وعندهما؛ عشر مؤنة الكري إلى آخره.

قوله: (لأن لصاحب الأعلى [حقًا](٣) في الأسفل) أي: في أسفل النهر **(لحاجته إلى تسييل)** إلى آخره، فإنه إذا سدد ذلك فاض الماء على أرضه فأفسد زرعه، فعلم أن كل واحد ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره، ولهذا يستحق الشفعة بمثل هذا النهر، وحق أهل الأعلى والأسفل في ذلك سواء، فإذا استووا في الغنم يستوون في الغرم، وهو مؤنة الكري.

قوله: (فلا يلزمه إنفاع غيره) والصواب: نفع غيره؛ لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع. كذا ذكره الزرنوجي.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٧٥).
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَلَيْسَ عَلَى صَاحِبِ السَّيْلِ عِمَارَتُهُ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ مَسِيلٌ عَلَى سَطْحِ غَيْرِهِ، كَيْفَ وَأَنَّهُ يُمْكِنُهُ دَفْعُ المَاءِ عَنْ أَرْضِهِ بِسَدِّهِ مِن أَعْلَاهُ، ثُمَّ إِنَّمَا يُرْفَعُ عَنْهُ إِذَا جَاوَزَ أَرْضَهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ: إِذَا جَاوَزَ فُوَّهَةَ نَهْرِهِ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ.

وَالأَوَّلُ: أَصَحُّ؛ لِأَنَّ لَهُ رَأْيًا فِي اتِّخَاذِ الفُوَّهَةِ مِن أَعْلَاهُ وَأَسْفَلِهِ، فَإِذَا جَاوَزَ الكَرْيُ أَرْضَهُ حَتَّى سَقَطَتْ عَنْهُ مُؤْنَتُهُ، قِيلَ: لَهُ أَنْ يَفْتَحَ المَاءَ لِيَسْقِيَ أَرْضَهُ، لِانْتِهَاءِ الكَرْيِ فِي حَقِّهِ، وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ مَا لَمْ يَفْرُغْ شُرَكَاؤُهُ نَفْيًا لِاخْتِصَاصِهِ، وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ الشَّفَةِ مِن الكَرْيِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُحْصَوْنَ، وَلِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ.

قوله: (ليس على صاحب السّيل...) إلى آخره، هذا جواب عن قولهما، يعني لا يلزمه شيء باعتبار تسييل ما فضل، كما لا يلزمه على من له تسييل ماء سطحه على سطح جاره من عمارة سطح جاره، ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كري أسفل النهر، بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء، فعلم أن الحاجة المعتبرة في إلزام مؤنة الكري [٢/ ٤٣٤/أ] سقي الأرض، ولهذا قال بعض المشايخ: إن الكري يرفع عنه إذا جاوز فوهة النهر، والأصح أن عليه مؤنة الكري إلى أن يجاوز أرضه، كما أشار إليه في الأصل.

قوله: (نفيًا لاختصاصه) أي: بالانتفاع بالماء دون شركائه، وللتحرز عن هذا الخلاف اختار المتأخرون بالبداية بالكري من أسفل النهر، أو يترك بعض النهر من أعلاه حتى يفرغ من أسفله.

قوله: (لأنهم) أي: أهل الشفة **(لا يحصون)** لأنهم جميع أهل الدنيا، وليس البعض أولى من البعض، ولهذا لا يستحقون الشفعة حتى يلزم الغرم بإزاء الغنم .**(ولأنهم أتباع)** والمؤنة على الأصول لا على الأتباع، ولهذا مؤنة قتيل المحلة على عاقلة أصحاب الخطة دون المشترين والسكان. كذا في المبسوط[١] وغيره.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٧٤).

فَصْلٌ فِي الدَّعْوَى وَالاخْتِلافِ وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ

قَالَ: (وَتَصِحُّ دَعْوَى الشِّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ اسْتِحْسَانًا)؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُمْلَكُ بِدُونِ الأَرْضِ إِرْثًا، وَقَدْ يَبِيعُ الأَرْضَ وَيَبْقَى الشِّرْبُ لَهُ، وَهُوَ مَرْغُوبٌ فِيهِ، فَيَصِحُّ فِيهِ الدَّعْوَى (وَإِذَا كَانَ نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِي أَرْضِ غَيْرِهِ، فَأَرَادَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنْ لَا يَجْرِيَ النَّهْرُ فِي أَرْضِهِ: تُرِكَ عَلَى حَالِهِ)؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ لَهُ بِإِجْرَاءِ مَائِهِ. فَعِنْدَ الِاخْتِلَافِ يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ، وَلَمْ يَكُنْ جَارِيًا: فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا النَّهْرَ لَهُ، أَوْ أَنَّهُ قَدْ كَانَ مَجْرَاهُ لَهُ فِي هَذَا النَّهْرِ يَسُوقُهُ إِلَى أَرْضِهِ لِيَسْقِيَهَا، فَيَقْضِي لَهُ، لِإِثْبَاتِهِ بِالحُجَّةِ مِلْكًا لَهُ أَوْ حَقًّا مُسْتَحَقًّا فِيهِ، ....

فَصْلٌ فِي دَعْوَى الشرب وَالِاخْتِلَافِ وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ

لما فرغ من بيان مسائل الشرب شرع في الاختلاف فيه؛ لأنه عارض.

قوله: (**استحسانًا**) وفي القياس: لا يصلح؛ لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة، والشرب مجهولٌ جهالةً لا تقبل الإعلام، ولأنه يطلب من القاضي القضاء له بالملك في المدعى إذا برهن، والشرب لا يحتمل التملك بلا أرض، فلا يسمع القاضي الدعوى، كالخمر في حق المسلمين، وجه الاستحسان أنه قد يملك إرثًا ووصية.

(**وهو**) أي: الشرب (**مرغوب فيه**) ينتفع به، فإذا استولى عليه غيره كان له دفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه. كذا في المبسوط.

قوله: (**تُرِكَ على حالِهِ**) أي: لم يكن له ذلك، بل يترك على حاله؛ لأن موضع النهر في يد رب النهر مستعمل له بإجراء مائه، فعند ذلك الاختلاف القول قوله في أنه ملكه.

قوله: (**فإن لم يكن في يده**)؛ بأن لم تكن أشجاره في طرفي النهر، ولم يكن مستعملًا بإجراء مائه.

قوله: (**أو أنه قد كان مجراه**)؛ أي: موضع إجراء مائه، يعني يدعي هو التسييل.

(**ملكًا**)؛ أي: فيما إذا كان ادعى ملك الرقبة (**أو حقًّا مستحقًّا فيه**)؛ أي: فيما إذا ادعى حق التسييل.

وَعَلَى هَذَا الْمَصَبُّ فِي نَهْرٍ أَوْ عَلَى سَطْحٍ أَو الْمِيزَابُ أَو الْمَمْشَى فِي دَارِ غَيْرِهِ، فَحُكْمُ الِاخْتِلَافِ فِيهَا نَظِيرُهُ فِي الشِّرْبِ (وَإِذَا كَانَ نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ وَاخْتَصَمُوا فِي الشِّرْبِ: كَانَ الشِّرْبُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ أَرَاضِيهِمْ)؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الِانْتِفَاعُ بِسَقْيِهَا فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، بِخِلَافِ الطَّرِيقِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ التَّطَرُّقُ وَهُوَ فِي الدَّارِ الْوَاسِعَةِ وَالضَّيِّقَةِ عَلَى نَمَطٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ كَانَ الْأَعْلَى مِنْهُمْ لَا يَشْرَبُ حَتَّى يَسْكُرَ النَّهْرَ: ......

(المَصَبُّ) موضع جري الماء، وبالفارسية: (أب دهه).

(فحكم الاختلاف)؛ أي: اختلاف المُدّعين، وكذا حكم الاختلاف في الممشى في دار غيره نظير الاختلاف في الشرب.

قوله: (فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ) أي: بقدر الانتفاع؛ لأن الحاجة في ذلك تختلف بقلة الأراضي وكثرتها؛ فالظاهر أن حق كل واحد من الشرب بقدر أرضه وقدر حاجته؛ فالبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه.

ولا يقال: [يَدُهُمْ][1] على الماء على السواء، فيجب المساواة في الاستحقاق عند الاشتباه.

لأن اليد على الماء في النهر لا تثبت حقيقة لأحد، وإنما ذلك بالانتفاع بالماء، والظاهر أن الانتفاع لمن له عَشر أراضٍ لا يكون مثل انتفاع من له أرض واحدة، وإحراز الماء بحسب الانتفاع، فتثبت اليد عليه بحسب ذلك.

قوله: (بخلاف الطريق) يعني إذا اختصم فيه الشركاء فإنهم يستوون في ملك رقبة الأرض، ولا تعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها؛ لأن الطريق لا تثبت اليد عليه، والمقصود منه التطرق، والتطرق فيه إلى الدار الواسعة والضيقة بصفة واحدة. كذا في المبسوط[2].

قوله: (على نمط واحد) أي: نهج واحد، وفي بعض النسخ: (على صفة واحدة).

قوله: (حتى يسكر) السكر: مصدر سكرت النهر سكرًا، إذا سددته، من

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٧٢).

لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِن إِبْطَالِ حَقِّ البَاقِينَ، وَلَكِنَّهُ يَشْرَبُ بِحِصَّتِهِ، فَإِنْ تَرَاضَوْا عَلَى أَنْ يَسْكُرَ الأَعْلَى النَّهْرَ حَتَّى يَشْرَبَ بِحِصَّتِهِ، أَوْ اصْطَلَحُوا عَلَى أَنْ يَسْكُرَ كُلُّ رَجُلٍ مِنهُمْ فِي نَوْبَتِهِ: جَازَ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا تَمَكَّنَ مِن ذَلِكَ بِلَوْحٍ لَا يَسْكُرُ

باب (نصر)، والسكر، بالكسر: الغرم. كذا في الصحاح[١].

(**لم يكن له**) أي: الأعلى أن يسكر النهر على الأسفل (**ولكنه يشرب بحصته**) أي: من غير سكر؛ لأن في السكر قطع منفعة الماء عن أهل الأسفل في بعض المدة، ولأن في السكر إحداث شيء في وسط النهر، ورقبة النهر مشتركة بينهم؛ فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون إذنهم.

قوله: (**إلا أنه**)؛ أي: الأعلى إذا تمكن أن يسكر بلوح أو باب أو حشيش فليس له أن يسكر بالطين والتراب؛ لأنه ينكبس النهر به عادة، وفيه إضرار بالشركاء بلا حاجة، إلا أن يتراضوا على ذلك.

وفي فتاوى قاضي خان: ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري إلى أرض كل واحد إلا بالسكر فإنه يبدأ بأهل الأسفل، ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا ليرتفع الماء إلى أراضيهم.

وفي المبسوط[٢]: عن ابن مسعود: أهل الأسفل أمراء على أهل الأعلى حتى يرووا، وفيه دليل أنه ليس لأهل الأعلى أن يسكروا النهر ويحبسوا الماء عن أهل الأسفل.

وفي المغني لابن قدامة[٣]: ولو كان نهرًا صغيرًا أو سيلًا [٢/ ٤٣٤/ ب] فَتَشَاحَّ أهل الأرضين الشاربة فيه، فإنه يبدأ بالأعلى ويسقي حتى يبلغ إلى الكعب، ثم يرسل بالذي يليه كذلك إلى انتهاء الأراضي، فإن لم يفضل عن الأول شيء أو الثاني أو الثالث لا شيء للباقين؛ لأنه ليس لهم إلا ما فضل، فهم كالعصبة في الميراث، وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي، ولا نعلم فيه مخالفًا.

---

(١) الصحاح للجوهري (٢/ ٦٨٧).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٦٣).
(٣) المغني لابن قدامة (٥/ ٤٣٠).

بِمَا يَنْكَبِسُ بِهِ النَّهْرُ مِن غَيْرِ تَرَاضٍ، لِكَوْنِهِ إِضْرَارًا بِهِمْ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَكْرِيَ مِنهُ نَهْرًا أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحًى مَاءٍ إِلَّا بِرِضَا أَصْحَابِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ كَسْرَ ضِفَّةِ النَّهْرِ وَشَغْلَ مَوْضِعٍ مُشْتَرَكٍ بِالبِنَاءِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ رَحًى لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ وَلَا بِالمَاءِ، وَيَكُونُ مَوْضِعُهَا فِي أَرْضِ صَاحِبِهَا؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ وَلَا ضَرَرَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ.

وَمَعْنَى الضَّرَرِ بِالنَّهْرِ مَا بَيَّنَّاهُ مِن كَسْرِ ضِفَّتِهِ، وَبِالمَاءِ أَنْ يَتَغَيَّرَ عَنْ سُنَنِهِ الَّذِي كَانَ يَجْرِي عَلَيْهِ، وَالدَّالِيَةُ وَالسَّانِيَةُ نَظِيرُ الرَّحَى، وَلَا يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا وَلَا قَنْطَرَةً

والأصل فيه ما روى ابن الزبير أن رجلًا من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ، فقال ﷺ: «**اِسْقِ يا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِلِ الماءَ**» متفق عليه[١]، ورواه مالك في الموطأ، قال ابن عبد البر: هذا حديث مشهور عند أهل المدينة.

هذا في مهزور[٢] السيل، أما إذا كان النهر ملكًا لهم، بأن أخرجوه وتَشَاحُّوا في قسمة الماء قسمه الحاكم على قدر أراضيهم، فعلم أنه لا خلاف في المملوك.

قوله: (ويكون موضعها في أرض صاحبها)؛ بأن يكون بطن النهر وحافتاه مملوكًا له، وللآخر حق التسييل. كذا في المبسوط والمحيط.

(الدالية): جذع طويل مركب تركيب مداقّ الأرز، وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها، **(والسانية)**: البعير يسني عليه، أي: يستقي **(جسراً)**: ما يوضع ويرفع، **(قنطرةً)**: ما يتخذ من الآجُرِّ والحجر، لا ترفع.

وفي المغرب[٣]: ما يبنى على الماء للعبور، والجسر عام، فإن الجسر ما

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١١١ رقم ٢٣٥٩) ومسلم (٤/ ١٨٢٩ رقم ٢٣٥٧) من حديث عبد الله بن الزبير ﵄، أنه حدثه: أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شِرَاجِ الحَرَّةِ، التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سَرِّحِ الماء يمر، فأبى عليه؟ فاختصما عند النبي ﷺ، فقال رسول الله ﷺ للزبير: «اِسْقِ يا زبيرُ، ثم أرسل الماءَ إِلَى جارِكَ»، فغضب الأنصاري، فقال: أن كان ابن عمتك؟ فتلوّن وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: «اِسْقِ يا زبيرُ، ثم احبِسِ الماءَ حتى يرجِعَ إلى الجَدْرِ»، فقال الزبير: والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾.

(٢) كذا بالنسخ.

(٣) المغرب للمطرزي (ص: ٣٨٨).

بِمَنْزِلَةِ طَرِيقٍ خَاصٍّ بَيْنَ قَوْمٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لِوَاحِدٍ نَهْرٌ خَاصٌّ يَأْخُذُ مِن نَهْرٍ خَاصٍّ بَيْنَ قَوْمٍ فَأَرَادَ أَنْ يُقَنْطِرَ عَلَيْهِ وَيَسْتَوْثِقَ مِنهُ: لَهُ ذَلِكَ، أَوْ كَانَ مُقَنْطِرًا مُسْتَوْثِقًا فَأَرَادَ أَنْ يَنْقُضَ ذَلِكَ: وَلَا يَزِيدَ ذَلِكَ فِي أَخْذِ الْمَاءِ حَيْثُ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ وَضْعًا وَرَفْعًا. وَلَا ضَرَرَ بِالشُّرَكَاءِ بِأَخْذِ زِيَادَةِ الْمَاءِ، وَيُمْنَعُ مِن أَنْ يُوَسِّعَ فَمَ النَّهْرِ؛ لِأَنَّهُ يَكْسِرُ ضِفَّةَ النَّهْرِ، وَيَزِيدُ عَلَى مِقْدَارِ حَقِّهِ فِي أَخْذِ الْمَاءِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِالْكُوَى، وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُؤَخِّرَهَا عَنْ فَمِ النَّهْرِ، فَيَجْعَلَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَذْرُعٍ مِنهُ لِاحْتِبَاسِ الْمَاءِ فِيهِ، فَيَزْدَادُ دُخُولُ الْمَاءِ فِيهِ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُسْفِلَ كُوَاهُ أَوْ يَرْفَعَهَا حَيْثُ يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ فِي الصَّحِيحِ؛

يعبر به النهر وغيره مبنيًّا كان أو غير مبنيٍّ، والفتح لغة.

(ويستوثق منه)؛ أي: بشد جانبي القنطرة من النهر.

(ولا ضرر بالشركاء) الواو للحال؛ لأن الكلام فيه.

قوله: (وكذا إذا كانت القسمة بالكوى)؛ أي: ليس له أن يوسع الكوة (وكذا إذا أراد أن يؤخرها)؛ أي: الكوة (فيجعلها في أربعة أذرع منه)؛ أي: من فم النهر، وهذا التقدير اتفاقي، والعبرة للاختصاص، وصورة هذا إذا كانت الألواح التي فيها الكوة في فم النهر أراد أن يؤخرها عن ضفة النهر، فيجعلها في وسط النهر، ويدع فوهة[1] النهر بغير لوح. كذا في الذخيرة.

وفي الصحاح[2]: الكوة: نقب البيت، والجمع كواء، بالمد، وكوى أيضًا، مقصور، والكوة بالضم: لغة، ويجمع على كوى، وتستعار الكوى بمفاتح الماء إلى المزارع والجداول، يقال: كوى النهر. وفي المغرب[3]: الكوة: مورى آب.

قوله: (أراد أن يسفل)؛ أي: يضعها أعمق ما كان (أو يرفعها) عما كان

---

(١) في النسختين: (قوة) والمثبت من العناية شرح الهداية (١٠/ ٨٧).
(٢) الصحاح للجوهري (٦/ ٢٤٧٨).
(٣) المغرب للمطرزي (ص: ١٨٨) ومعناه: معرب.

لِأَنَّ قِسْمَةَ المَاءِ فِي الأَصْلِ بِاعْتِبَارِ سَعَةِ الكُوَّةِ وَضِيقِهَا مِن غَيْرِ اعْتِبَارِ التَّسَفُّلِ وَالتَّرَفُّعِ، وَهُوَ العَادَةُ، فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ تَغْيِيرُ مَوْضِعِ القِسْمَةِ، وَلَوْ كَانَتْ القِسْمَةُ وَقَعَتْ بِالكُوَى فَأَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُقَسِّمَ بِالأَيَّامِ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ القَدِيمَ يُتْرَكُ عَلَى قِدَمِهِ لِظُهُورِ الحَقِّ فِيهِ. وَلَوْ كَانَ لِكُلٍّ مِنهُمْ كُوًى مُسَمَّاةٌ فِي نَهْرٍ خَاصٍّ. لَيْسَ لِوَاحِدٍ أَنْ يَزِيدَ كُوَّةً، وَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِأَهْلِهِ؛ لِأَنَّ الشِّرْكَةَ خَاصَّةٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الكُوَى فِي النَّهْرِ الأَعْظَمِ؛ لِأَنَّ لِكُلٍّ مِنهُمْ أَنْ يَشُقَّ نَهْرًا مِنهُ ابْتِدَاءً، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي الكُوَى بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى (وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشُّرَكَاءِ فِي النَّهْرِ أَنْ يَسُوقَ شِرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَهُ أُخْرَى، لَيْسَ لَهَا فِي ذَلِكَ شِرْبٌ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ العَهْدُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى أَنَّهُ حَقُّهُ (وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَسُوقَ شِرْبَهُ فِي أَرْضِهِ الأُولَى حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى هَذِهِ الأَرْضِ الأُخْرَى)؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ، إِذِ الأَرْضُ الأُولَى تُنَشِّفُ بَعْضَ المَاءِ قَبْلَ

وهي في ذلك الموضع.

(لظهور الحق فيه)؛ أي: في القديم، فلا ينتقض إلا برضاهم، والمُحْدَث لا يثبت إلا بحُجة.

قوله: (كوى مسماة)؛ أي: معدودة في النهر الأعظم، مثل دجلة والفرات والنيل، فلو زاد في ملكه كوة أو كوتين، ولا يضر ذلك بأهل النهر فله ذلك؛ لأن الماء في النهر الأعظم لم يدخل في المقاسم بعدُ، فكان على أصل الإباحة كما كان، فزيادة كوة أو كوتين لا يكون أقوى من شق النهر ابتداء من هذا النهر الأعظم، وهو غير ممنوع عنه، فهذا مثله، بل أولى.

قوله: (**يستدل به**)؛ أي: بسوق الماء إليه على أن سوق الماء إليه حقه، وبه قال الشافعي ومالك والقاضي الحنبلي.

وعن أحمد في رواية: جاز له ذلك إذا كان على وجه لا يتصرف في حافة النهر، وكذا جواز أن يقرضه أو يهبه.

قوله: (تُنَشِّفُ) أي: تتشرب بعض الماء، هذا الذي ذكره فيما إذا ملأ صاحب الأرضين أرضه التي لها حق الشرب، ثم فتح مسناتها وأجرى الماء إلى

أَنْ تُسْقَى الأَرْضُ الأُخْرَى، وَهُوَ نَظِيرُ طَرِيقٍ مُشْتَرَكٍ أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ بَابًا إِلَى دَارٍ أُخْرَى سَاكِنُهَا غَيْرُ سَاكِنِ هَذِهِ الدَّارِ الَّتِي يَفْتَحُهَا فِي هَذَا الطَّرِيقِ، وَلَوْ أَرَادَ الأَعْلَى مِن الشَّرِيكَيْنِ فِي النَّهْرِ الخَاصِّ - وَفِيهِ كُوًى بَيْنَهُمَا - أَنْ يَسُدَّ بَعْضَهَا، دَفْعًا لِفَيْضِ المَاءِ عَنْ أَرْضِهِ، كَيْ لَا تَنِزَّ. لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِن الضَّرَرِ بِالآخَرِ، وَكَذَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُقَسِّمَ الشِّرْبَ مُنَاصَفَةً بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ بِالكُوَى تَقَدَّمَتْ إِلَّا أَنْ يَتَرَاضَيَا؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمَا، وَبَعْضُ التَّرَاضِي لِصَاحِبِ الأَسْفَلِ أَنْ يَنْقُضَ ذَلِكَ. وَكَذَا لِوَرَثَتِهِ مِن بَعْدِهِ؛ لِأَنَّهُ إِعَارَةُ الشِّرْبِ، ....

أرضه التي ليس لها حق الشرب، وسقاها بالماء الذي ملأ أرضه الأولى.

أما إذا أجرى الماء من الأرض الأولى كما بلغ إلى الأخرى يمنع أيضًا لا باعتبار كثرة الماء وقلته؛ بل باعتبار أن حقه سقي أرض، وبهذا يصير حقه سقي أرضين. إليه أشار في المبسوط.

قوله: (**ساكنها غير ساكن هذه الدار**) قيد به؛ لأنه لو كان ساكن الدارين واحدًا كان له أن يفتح بابًا إلى دار أخرى. ذكره في المبسوط[١].

قوله: (**كي لا تَنِزَّ**).

وفي الصحاح: النَّزُّ والنِّزُّ[٢]: ما يتحلب [في][٣] الأرض من الماء، وقد أَنَزَّتِ الأرضُ: صارت ذات نَزٍّ، وبالفارسية: (تنز بازغا يسود).

قوله: (**مناصفة**)؛ أي: بالأيام أو الشهور، ويقول: إذا كان في حصتي سددت منها ما بدا لي، وأنت في حصتك افتحها، فليس له ذلك؛ لأن القسمة تمت بينهما مرة بالكوى، فلا يكون لأحدهما أن يطلب قسمة أخرى، والانتفاع بالماء في القسمة الأولى لكل واحد مستدام، وفي طلبه انتفع كل واحد في بعض المدة، وربما يضر ذلك صاحب السفل. كذا في المبسوط[٤].

قوله: (**لأنه إعارة**)؛ أي: كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٩٠).
(٢) الصحاح للجوهري (٣/ ٨٩٩).
(٣) ليست بالنسختين، وأثبتناها من الصحاح.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٣/ ١٧٩).

فَإِنَّ مُبَادَلَةَ الشِّرْبِ بِالشِّرْبِ بَاطِلَةٌ، وَالشِّرْبُ مِمَّا يُورَثُ وَيُوصَى بِالِانْتِفَاعِ بِعَيْنِهِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ بِذَلِكَ، حَيْثُ لَا تَجُوزُ الْعُقُودُ إِمَّا لِلْجَهَالَةِ أَوْ لِلْغَرَرِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَتَّى لَا يَضْمَنَ إِذَا سَقَى مِن شِرْبِ غَيْرِهِ، وَإِذَا بَطَلَت الْعُقُودُ فَالْوَصِيَّةُ بِالْبَاطِلِ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا لَا يَصْلُحُ مُسَمًّى فِي النِّكَاحِ حَتَّى يَجِبُ

[٢/ ٤٣٥/أ] وللمعير أن يرجع متى شاء، وكذا لورثته بعده؛ لأنهم خلفاؤه في ذلك؛ وهذا لأنه لا يمكن أن يجعل ما تراضيا عليه مبادلة، فإن بيع الشرب بالشرب، أو إجارة الشرب بالشرب باطل؛ لأنه بيع الجنس بالجنس نَساءً؛ إذ ماء الغد ليس بموجود في اليوم، فصار كبيع القوهي بالقوهي نَساءً، ولأن معاوضة المال بالمال المجهول والغرر، فإنه لا يدري أن الماء يجري فيه في الزمان الثاني أم لا، لا يجوز والماء في النهر غير مملوك، والانتفاع به مجهول، فالشرب أولى، وهذا معنى **قوله**: (**ومبادلة الشرب بالشرب باطلة**).

قوله: (**بالانتفاع بعينه**) قيد به؛ لأن الإيصاء بالانتفاع ببيعه لا يجوز، وإنما يملك بالإرث والوصية، وإن كان لا يملك بالبيع والهبة والصدقة؛ لأنه حق، كالقصاص والدين، فيقوم الوارث أو الوصي مقامه.

أما لا يجوز تملكه بالبيع والهبة والصدقة؛ للغرور، فإنه على خطر الوجود أو الجهالة كما ذكرنا، أو لعدم الملك فيه للحال، أو لأنه ليس بمال متقوم، حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل، وإن اختار فخر الإسلام أنه يضمن.

قوله: (**والوصية بالباطل باطلة**)؛ أي: الوصية بهذه العقود؛ بأن يوصي أن يبيع شربه من هذا الرجل أو يوهب أو يتصدق عليه.

قوله: (**مسمى في النكاح**)؛ بأن تزوج امرأة على شرب بغير أرض، أو خالع امرأته على شرب أرضها بغير أرض كان باطلًا؛ لتفاحش الجهالة في الشرب، فيصح النكاح والخلع، ويجب مهر المثل في النكاح؛ لعدم صحة التسمية، وترد المهر الذي أخذت من زوجها؛ لأنها أطمعت الزوج بهذه التسمية ما هو مرغوب فيه، فتصير غارَّةً له بهذه التسمية، والغرور في الخلع يلزمها رد ما قبضت، كما لو اختلعت بما في يدها من المال، أو بما في بيتها من المتاع،

مَهْرُ المِثْلِ، وَلَا فِي الخُلْعِ حَتَّى يَجِبُ رَدُّ مَا قَبَضَتْ مِن الصَّدَاقِ لِتَفَاحُشِ الجَهَالَةِ. وَلَا يَصْلُحُ بَدَلُ الصُّلْحِ عَن الدَّعْوَى؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْلَكُ بِشَيْءٍ مِن العُقُودِ. وَلَا يُبَاعُ الشِّرْبُ فِي دَيْنِ صَاحِبِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ بِدُونِ أَرْضٍ كَمَا فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَكَيْفَ يَصْنَعُ الإِمَامُ؟ الأَصَحُّ: أَنْ يَضُمَّهُ إِلَى أَرْضٍ لَا شِرْبَ لَهَا فَيَبِيعَهَا بِإِذْنِ صَاحِبِهَا، ثُمَّ يَنْظُرُ

وليس في يدها وبيتها شيء.

والصلح من الدعوى على الشرب باطل؛ لأنه لا يملك بشيء من العقود، وقد بينّا أن ما لا يستحق بالعقود فالصلح عليه باطل، فصاحب الدعوى على دعواه.

ولو كان الصلح عليه من قصاص في نفس أو فيما دونها فالصلح باطل، وجاز العفو، وعلى القاتل الدية وأرش الجراحة؛ لأن الصلح من القود على شيء نظير الخلع. هذا كله من المبسوط.

قوله: (**والأصح**) هذا احتراز عما قال بعض المشايخ أن الإمام يتخذ حوضًا فيجمع فيه ذلك الماء في كل نوبة، ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض ويقضي به الدين، **فقال رحمه الله**: (**والأصح أنه ينظر**[١] إلى أرض لا شرب لها...) إلى آخر ما ذكر في الكتاب، وهكذا ذكره في المبسوط.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: والسبيل في ذلك أن يقال للمُقَوِّمين: إن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بلا أرض، بكم كان يُشترى هذا الشرب؟

وهو نظير ما قاله بعض أئمة بلخ أنه إذا زنى بامرأة بشبهة فعليه عقرها، فينظر: بكم كانت تستأجر على الزنا لو كان الاستئجار عليه جائزًا؟ فيجعل ذلك عقرها.

وهذا كما قالوا أيضًا في المدبر أن السبيل في معرفة قيمته أن يقال للمقومين: بكم يشترى؟ على أن يكون المشتري أحق بمنافعه دون رقبته، على أن يعتق بعد موت المولى، وقال أكثر مشايخنا ما ذكره في الكتاب.

---

(١) كذا بالأصول، وفي المتن: (أن يضمه).

إِلَى قِيمَةِ الأَرْضِ مَعَ الشِّرْبِ وَبِدُونِهِ، فَيَصْرِفُ التَّفَاوُتَ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ ذَلِكَ، اشْتَرَى عَلَى تَرِكَةِ المَيِّتِ أَرْضًا بِغَيْرِ شِرْبٍ، ثُمَّ ضَمَّ الشِّرْبَ إِلَيْهَا وَبَاعَهُمَا فَيَصْرِفُ مِن الثَّمَنِ إِلَى ثَمَنِ الأَرْضِ، وَيَصْرِفُ الفَاضِلَ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ (وَإِذَا سَقَى الرَّجُلُ أَرْضَهُ، أَوْ مَخَرَهَا مَاءً) أَيْ مَلَأَهَا (فَسَالَ مِن مَائِهَا فِي أَرْضِ رَجُلٍ فَغَرَّقَهَا، أَوْ نَزَّتْ أَرْضُ جَارِهِ مِن هَذَا المَاءِ: لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانُهَا)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ.

وفي الصحاح[1]: يقال: مخرت الأرض، أي: أرسلت ماءً فيها.

قوله: (لأنه غير مُتَعَدٍّ فيه) فلا يضمن؛ لأنه سبب لا صاحب علة؛ إذ كون الفعل علة للشيء إنما يعرف بالأثر اللازم له، وأثر اللازم لفعله اجتماع الماء في أرضه، ونَزُّ أرض جاره بشربها وجذبها، وهو أمر اتفاقي قد يكون وقد لا يكون، ولا يضاف إلى فعله، إلا أنه لولا فعله لما حصل هذا الفساد، فصار فعله في حق هذا الأثر سببًا محضًا، والمسبب إنما يضمن إذا تعدى، كحافر البئر وواضع الحجر، وفعله في أرضه مباح، فلم يضمن.

وعن الهندواني: تأويل ما قاله محمد: إذا سقى سقيًا معتادًا يحتمل أرضه عادة، أما إذا سقى سقيًا غير معتاد أو لا تحتمل أرضه ذلك، أو سقى في غير نوبته يضمن استحسانًا؛ لأنه أجرى الماء في أرض جاره تقديرًا. ولو تعدى إلى أرض جاره وهو يرى ولا يخبره يضمن. ذكره البقالي.

وقيل: إذا سقى سقيًا معتادًا وتعدى إلى أرض جاره؛ فإن كان الجار قد تقدم إليه بالأحكام فلم يفعل ضمن استحسانًا، [٢/ ٤٣٥/ب] كما في الحائط المائل، وإن لم يتقدم لا يضمن.

وفي المحيط: ولو كان في أرضه جحر فأرة فتعدى إلى أرض جاره؛ إن كان لا يعلم به لا يضمن، وإن علم يضمن، وعلى هذا لو فتح رأس نهر فسال إلى أرض جاره فغرقت؛ فإن فتح مثل ما يُفتح عرفًا وعادة لا يضمن، وإن فتح

---

(١) الصحاح للجوهري (٢/ ٨١٢).

....

أكثر من ذلك في مثل ذلك النهر يضمن.

ولو كان له مجرى ماء بقرب دار جاره فأجرى الماء في النهر ما لا يحتمل النهر، فدخل في جدار داره فخربها؛ إن كان الثقب خفيًّا لولا الثقب ما تعدى لا يضمن، وإن تعدى بغير ثقب ضمن.

ولو انبثق نهر فجرى في أرض قوم فخربت أراضيهم فليس لهم أن يأخذوا أصحاب النهر بعمار الأرضين، ولهم أن يأخذوهم بعمارة النهر.

ولو كان له مجرى ماء على سطح غيره فخرب السطح فإصلاح المجرى على صاحب المجرى.

وذكر الهندواني: لو ألقى رجل شاة ميتة في نهر طاحونة، فسار الماء بها في الطاحونة، فخربت الطاحونة؛ إن كان النهر لا يحتاج إلى الكري فلا ضمان عليه، وإن كان يحتاج يضمن إن علم أنها خربت من ذلك. والله سبحانه أعلم.

كِتَابُ الأَشْرِبَةِ

سُمِّيَ بِهَا، وَهِيَ جَمْعُ شَرَابٍ لِمَا فِيهِ مِن بَيَانِ حُكْمِهَا. قَالَ: (الأَشْرِبَةُ المُحَرَّمَةُ أَرْبَعَةٌ: الخَمْرُ: وَهِيَ عَصِيرُ العِنَبِ إذَا غَلَى وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ، وَالعَصِيرُ

كِتَابُ الأَشْرِبَةِ

أورد الأشربة بعد الشرب؛ لأنهما شعبتا عرق واحد لفظًا ومعنًى، فلذلك أوردها هكذا، كما في عامة الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني والتحفة والقدوري، إلا أنه قدم الشرب؛ لما أنه حلال، أو لأنه في تبعية ذكر إحياء الموات؛ لأنه سبب الإحياء، والأشربة المحرمة سبب لموت العقل، فقدم الحياة على الموت.

ثم محاسن حرمة الأشربة المسكرة ظاهرة؛ لأنها مزيل للعقل الذي هو أشرف الأشياء وأعزها؛ لتعلق خطابات الشرع به، إلا أن الخمر أبيحت على الأمم الماضية؛ لطول أعمارهم وجسامة أبدانهم، فيتحملون آفة الشراب، ولا يتسارع إليهم السكر، ففي إباحتها صلاح لهم كثيرة نفعها، أما هذه الأمة فقصيرة أعمارها ضعيفة الأبدان، ويتسارع إليهم السكر بشرب قليل منها، فصلاحهم في حرمتها قليلها وكثيرها، وإنما أبيحت في بدء الإسلام ليعاينوا[1] الفساد في الخمر، حتى إذا حرمت عليهم عرفوا منة الحق لديهم، وليس الخبر كالمعاينة.

فالأشربة: جمع الشراب، وهو كل ما يشرب من المائعات لغةً.

والمراد في هذا الكتاب ما حرم منها، وسمي الكتاب بها؛ لما فيه من بيان حكمها، كما سمي كتاب البيوع والحدود.

قوله: (والأشربة...) إلى آخره.

وفي المحيط: الأعيان التي تتخذ منها الأشربة: العنب والتمر والزبيب،

---

(١) في الأصل: (لتعاونوا) والمثبت من النسخة الثانية.

إِذَا طُبِخَ حَتَّى يَذْهَبَ أَقَلُّ مِن ثُلُثَيْهِ) وَهُوَ الطِّلَاءُ الْمَذْكُورُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ (وَنَقِيعُ التَّمْرِ وَهُوَ السَّكَرُ، وَنَقِيعُ الزَّبِيبِ إِذَا اشْتَدَّ وَغَلَى) أَمَّا الخَمْرُ: فَالكَلَامُ فِيهَا فِي عَشَرَةِ مَوَاضِعَ: أَحَدُهَا فِي بَيَانِ مَائِيَّتِهَا، وَهِيَ: النِّيءُ مِن مَاءِ العِنَبِ إِذَا صَارَ مُسْكِرًا، وَهَذَا عِنْدَنَا، وَهُوَ المَعْرُوفُ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ وَأَهْلِ العِلْم، وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: هُوَ اسْمٌ لِكُلِّ مُسْكِرٍ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ»، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ

والحبوب، كالحنطة والذرة والدخن، والفواكه، كالإجاص والفرصاد والشهد والفانيد، والألبان.

أما العنب والمتخذ منه خمسة: الخمر والباذق والمنصف والمثلث والبختج، ويجيء تفسيره.

والمتخذ من الزبيب شيئان: نقيع ونبيذ.

والمتخذ من التمر ثلاثة: السكر والفضيخ والنبيذ.

والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرهما شيء واحد حكمًا وإن اختلف اسمًا: البتع[١] لنبيذ العسل، والجعة لنبيذ الشعير، والمزر لنبيذ الذرة، وكذا ذكره الإمام قاضي خان والتمرتاشي، فتنتهي إلى أحد عشر اسمًا أو أكثر، كما يجيء.

قوله: (إذا اشتدّ وغلى) أي: صار قويًّا وكثر غليانه، وحصل فيه قوة الإسكار، وقيل: صار بحال يمنع حواس شاربه من الفهم والدرك[٢].

الطِّلاء: كل ما يطلى به من قطران أو نحوه، ويقال لكل ما خثر من الأشربة: طلاء، على التشبيه، حتى يسمى به المثلث. كذا في المغرب[٣].

وفي تاج الأسامي: شرابٌ ذهب بالطبخ ثلثاه.

قوله: (وقال بعض الناس) «كل مسكر خمر» وهو قول الشافعي وأحمد ومالك وأصحاب الظاهر، حتى حرم قليله وكثيره، كالخمر؛ لقوله ﷺ: «**كُلُّ**

---

(١) في الأصل: (النبع) وفي الثانية: (البيع) والمثبت هو الصواب.
(٢) في الأصل: (الدهر) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) المغرب للمطرزي (ص: ٢٩٣).

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الخَمْرُ مِن هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ» وَأَشَارَ إِلَى الكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ، وَلِأَنَّه مُشْتَقٌّ مِن مُخَامَرَةِ العَقْلِ، وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي كُلِّ مُسْكِرٍ، وَلَنَا: أَنَّهُ اسْمٌ خَاصٌّ بِإِطْبَاقِ أَهْلِ اللُّغَةِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلِهَذَا اشْتُهِرَ اسْتِعْمَالُهُ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ وَلِأَنَّ حُرْمَةَ الخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ، وَهِيَ فِي غَيْرِهَا ظَنِّيَّةٌ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ خَمْرًا ....

مُسْكِرٍ خَمرٌ»[١] وقوله ﷺ: «**الخمرُ مِن هاتَينِ الشَّجَرتَينِ**» وأشار إلى العنب والنخلة، متفق عليه[٢]، وقوله ﷺ: «**الخمرُ من خمسةِ أشياءٍ، وذكرَ العنبَ والتّمرَ والحنطةَ والشعيرَ والعسلَ**»[٣].

وهكذا روي عن عمر أنه خطب على منبر رسول الله ﷺ، ورضي عنه، وقال هكذا.

وروي عن أنس أنه قال: كنت أسقي أُبي بن كعب وأبا عبيدة بن الجراح وأبا طلحة من فَضِيخٍ، و[هو] تمر، فجاء آتٍ وقال: إن الخمر قد حُرِّمت، قال لي أبو طلحة: قم يا أنس إلى هذه الجرار فاكسرها فضربتها بمهراس لنا بأسفله حتى تكسرت[٤]، فعلم أن الخمر يطلق عليها لغة.

وقال بعض أصحاب الشافعي: يطلق عليه اسم الخمر لغة كما أطلق عليه شرعًا؛ لأن الخمر مشتق من[٥] المخامرة، فإنها تخامر العقل، وكل مسكر [٢/ ٤٣٦/أ] يخامر العقل، فيكون خمرًا لغةً.

ولنا؛ أن الاسم للنيئ من ماء العنب إذا صار مسكرًا حقيقة باتفاق أهل اللغة، حتى اشتهر استعماله فيه وفي غيره، سمي مثلثًا وباذقًا أو غيره، فكان هذا

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) تقدم تخريجه قريبا، وهو من أفراد مسلم كما في الجمع بين الصحيحين للحميدي (٣/ ٣١٦ رقم ٢٧٦٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦رقم ٣٦٧٦) والترمذي (٣/ ٣٦١رقم ١٨٧٣) وابن ماجه (٢/ ١١٢١ رقم ٣٣٧٩) من حديث النعمان بن بشير ﷺ قال الترمذي: غريب. وذكره الحافظ في الفتح (١٠/ ٤٦) وسكت عليه فهو عنده حسن أو صحيح.

(٤) أخرجه البخاري (٩/ ٨٨ رقم ٧٢٥٣) ومسلم (٣/ ١٥٧٢ رقم ١٩٨٠) من حديث أنس بن مالك ﷺ.

(٥) في الأصل: (الخمر مستوفى) والمثبت من النسخة الثانية.

لِتَخَمُّرِهِ لَا لِمُخَامَرَتِهِ العَقْلَ، عَلَى أَنَّ مَا ذَكَرْتُمْ لَا يُنَافِي كَوْنَ الِاسْمِ خَاصًّا فِيهِ، فَإِنَّ النَّجْمَ مُشْتَقٌّ مِن النُّجُوم وَهُوَ الظُّهُورُ، ثُمَّ هُوَ اسْمٌ خَاصٌّ لِلنَّجْمِ المَعْرُوفِ لَا لِكُلِّ مَا ظَهَرَ، وَهَذَا كَثِيرُ النَّظِيرِ، وَالحَدِيثُ الأَوَّلُ طَعَنَ فِيهِ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالثَّانِي: أُرِيدَ بِهِ بَيَانُ الحُكْمِ؛ إِذْ هُوَ اللَّائِقُ بِمَنْصِبِ الرِّسَالَةِ، ....

الاسم لغيره مجازًا؛ لأن الترادف خلاف الأصل، وقد أريدت الحقيقة، فبطل المجاز.

وقال أبو عبيدة وابن زيد وابن السكيت: ما اتخذ من غير العنب ليس بخمر، وقال ابن عباس: «**حُرِّمَت الخمرُ بعينِها والسُّكْرُ من كلِّ شرابٍ**»[1] رواه عن النبي ﷺ.

(لتخمره)؛ أي: صيرورته خمرًا.

قوله: (وهذا كثير النظير) كالقارورة والجرجير، تسمى قارورة باعتبار معنى القرار، والجرجير بمعنى التحرك، ينبغي أن يسمى كل ما قر فيه الماء أو كل ما تحرك قارورة وجرجيرًا، والفرس الذي أحد شقيه أبيض والآخر أسود يسمى أبلق، ولا يسمى الثوب الذي فيه سواد وبياض بهذا الاسم؛ فعلم أن القياس لا مدخل له في اللغة.

قوله: (والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين) روي عن أحمد بن حنبل، ويحيى بن معين أنهما قالا: ثلاثة أحاديث لم تصح روايتها عن النبي ﷺ، منها هذا الحديث، ومنها: مس الذكر بباطن الكف، ومنها حديث: «**كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل**» ولو ثبت فمعناه: كل مسكر خمر حكمًا لا حقيقةً، والمراد بالحديث الثاني والثالث بيان الحكم لا بيان الأسماء.

وفي شرح الأقطع: المراد بيان الحكم لا الأسماء؛ لأنه ﷺ يعلمنا الأحكام لا اللغة، فكأنه قال: ما أسكر كثيره فحكمه حكم الخمر في الحرمة،

---

(١) أخرجه النسائي (٨/ ٣٢٠ رقم ٥٦٨٣) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما. قال ابن حجر في فتح الباري (١٠/ ٤٣): رجاله ثقات إلا أنه اختلف في وصله وانقطاعه وفي رفعه ووقفه.

وَالثَّانِي فِي حَقِّ ثُبُوتِ هَذَا الِاسْمِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَعِنْدَهُمَا: إذَا اشْتَدَّ صَارَ خَمْرًا(*)، وَلَا يُشْتَرَطُ القَذْفُ بِالزَّبَدِ؛ لِأَنَّ الِاسْمَ يَثْبُتُ بِهِ، وَكَذَا المَعْنَى المُحَرَّمُ وَهُوَ المُؤَثِّرُ فِي الفَسَادِ بِالِاشْتِدَادِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَنَّ الغَلَيَانَ بِدَايَةُ الشِّدَّةِ، وَكَمَالُهَا بِقَذْفٍ بِالزَّبَدِ وَسُكُونِهِ؛ إذْ بِهِ يَتَمَيَّزُ الصَّافِي مِن الكَدِرِ،

وكذا معنى قوله ﷺ: «الخمرُ مِنْ...»[1] كذا قال الطحاوي.

يجوز أن يكون أراد بقوله: «الخمرُ منْ هاتينِ الشجرتينِ»[2] إحداهما يعمُّهما في الخطاب، وأراد إحداهما، كقوله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ ﴿٢٢﴾﴾ [الرحمن:٢٢] ويجوز أن يكون معناه: ما خمر من ثمرها.

وما طعن ابن حزم في ذلك الموضع على الطحاوي بقوله: صدق الله وكذب الطحاوي، فإن كليهما يخرجان من البحر سفاهة من قلة فهمه، فإن الطحاوي قال: هكذا قالت أئمة التفسير، ويجوز ذلك بطريق التغليب، فكان الحديث محتملًا، والمحتمل لا يكون حجة، وتجيء مسألة تحريم المثلث وإباحته.

وأما حديث أنس يحتمل أن يكون ذلك الشراب نقيع تمر تخمر، ونحن نقول بحرمته، ويجوز أن يكون فعلوا ذلك لعلمهم أن كثير ذلك يسكر، فلم يأمنوا على أنفسهم الوقوع فيه؛ لقرب عهده به، يدل عليه ما ذكره الطحاوي عن ابن أبي ليلى عن عيسى أن أباه بعثه إلى أنس لحاجة، فأبصر عنده مطلى، والطلاء: ما أسكر كثيره، فلم يكن عنده خمرًا، وإن كان كثيره يسكر.

قوله: (والثاني)؛ أي: الثاني من تعديد العشرة.

(لأن الاسم)؛ أي: اسم الخمر **(يثبت به)** أي: بالغليان والاشتداد **(وكذا المعنى المحرم)** وهو الإسكار، يحصل بالاشتداد **(وهو المؤثر في الفساد)**؛ أي: الإسكار مؤثر في إيقاع العداوة، والصد عن ذكر الله تعالى؛ باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة فيها؛ باعتبار الغليان، وبالقذف بالزبد يَرِقُّ ويصفو، ولا تأثير فيهما في إحداث صفة السكر، وبقولهما قال الأئمة الثلاثة وأصحاب الظاهر.

قوله: (وسكونه)؛ أي: عن الغليان، يعني الغليان من آثار الحلاوة، وما

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

وَأَحْكَامُ الشَّرْعِ قَطْعِيَّةٌ فَتُنَاطُ بِالنِّهَايَةِ كَالحَدِّ وَإِكْفَارِ المُسْتَحِلِّ وَحُرْمَةِ البَيْعِ، وَقِيلَ: يُؤْخَذُ فِي حُرْمَةِ الشُّرْبِ بِمُجَرَّدِ الِاشْتِدَادِ احْتِيَاطًا، وَالثَّالِثُ: أَنَّ عَيْنَهَا حَرَامٌ غَيْرُ مَعْلُولٍ بِالسُّكْرِ، وَلَا مَوْقُوفٍ عَلَيْهِ، وَمِنَ النَّاسِ مَنْ أَنْكَرَ حُرْمَةَ عَيْنِهَا، وَقَالَ: إِنَّ

دام شيء من الحلاوة باقيًا كان المعنى الأصلي باقيًا، فلا يثبت اسم الخمر إلا إذا سكن من الغليان، وقذف الزبد، وتميز الصافي من الكدر؛ لأن حكم الإباحة كان ثابتًا للعصير بيقين، فلا يزول ذلك إلا بيقين مثله، فما بقي من آثار الأصل كان الحكم له، ولما كان التمام بقذف الزبد كان ناقصًا قبله. كذا في المبسوط[(١)] والأسرار.

قوله: (وأحكام الشرع)؛ أي: أمهات أحكام الشرع **(قطعية، فتُناط بالنهاية)** في النقصان من شبه العدم، فلا يصح إثباتها بالشبهة احتياطًا؛ لأن فيه جهة الحرمة، وفي الحد بقذف الزبد احتياطًا أيضًا.

قوله: (ومن الناس من أنكر حرمة عينها).

[قيل: هو مروي عن بعض أهل الشام وقدامة بن مظعون كما يجيء بعدُ، ولنا أن عينها نجس، ويحد شارب قطرة منها.

وحرمة عينها][(٢)] بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، فكان كفرًا منه.

أما الكتاب قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ﴾ إلى قوله: ﴿رِجْسٌ﴾ [المائدة: ٩٠] وهو اسم للحرام النجس عينًا بلا شبهة، وقال: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١] وهذا دليل على حرمتها من اثني عشر وجهًا على ما هو المذكور في التيسير [٢/ ٤٣٦/ ب] والكشاف.

وجاءت السنة عن النبي ﷺ متواترة أنه حرم الخمر لعينها، قال ﷺ: «**لَعنَ اللهُ فِي الخمرِ عَشرًا...**» الحديث[(٣)]، وقال ﷺ: «**شارِبُ الخَمرِ كعابدِ**

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ١٣).

(٢) ما بين المعقوفتين ليس بالأصل، وأثبتناه من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦ رقم ٣٦٧٤) وابن ماجه (٢/ ١١٢١ رقم ٣٣٨٠) من حديث ابن عمر ﵄ ومن حديث أنس أخرجه الترمذي (٢/ ٥٨٠ رقم ٣٣٨٠) وابن ماجه (٢/ ١١٢٢ رقم ٣٣٨١) قال الترمذي: غريب من حديث أنس. وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٧٠٠).

السُّكْرَ مِنهَا حَرَامٌ؛ لِأَنَّ بِهِ يَحْصُلُ الفَسَادُ وَهُوَ الصَّدُّ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ، وَهَذَا كُفْرٌ؛ لِأَنَّهُ جُحُودُ الكِتَابِ، فَإِنَّهُ تَعَالَى سَمَّاهُ رِجْسًا وَالرِّجْسُ مَا هُوَ مُحَرَّمُ العَيْنِ، وَقَدْ جَاءَتْ السُّنَّةُ مُتَوَاتِرَةً أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَرَّمَ الخَمْرَ؛ وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ، وَلِأَنَّ قَلِيلَهُ يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ، وَهَذَا مِن خَوَاصِّ الخَمْرِ، وَلِهَذَا تَزْدَادُ لِشَارِبِهِ اللَّذَّةُ بِالِاسْتِكْثَارِ مِنهُ، بِخِلَافِ سَائِرِ المَطْعُومَاتِ، ....

الوثنِ»[١] وقال ﷺ: «**الخمرُ أمُّ الخبائِثِ**»[٢] وقال: «**إذا وضعَ الرجلُ قدحًا من خمرٍ علَى مائدتِهِ؛ لعنتهُ ملائكةُ السَّمواتِ والأرضِ؛ فإنْ شرِبهَا لَمْ تقبلْ صلاتهُ أربعينَ ليلةً؛ فإنْ داومَ عليهَا فهوَ كعابدِ الوَثنِ**»[٣]، وأجمعت الأمة على حرمتها، وكفى بإجماعهم حجة.

قوله: (والرجس ما هو مُحَرَّمُ العين) قال: أو لحم خنزير، فإنه رجس ولحمه محرم العين بالإجماع، فكذا هنا، وإنكاره إنكار نصوص القاطعة.

(وهذا من خواص الخمر)؛ أي: دعوة قليله إلى كثيره **(بخلاف سائر المطعومات)** حيث لا يدعو قليلها إلى كثيرها؛ لما فيها من الغلظة.

في المبسوط[٤]: ما من طعام وشراب إلا ولذته في الابتداء تزيد على اللذة في الانتهاء إلا الخمر، فإن اللذة لشاربها تزداد في الاستكثار، ولهذا تزداد حرمتها على شربها إذا أصاب منها شيئًا، وإذا كان كذلك كان قليلها محرمًا ككثيرها.

ألا ترى أن الزنا لما حرم حرم عليه دواعيه أيضًا، وكذا أكد تحريم الخمر

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ١١٢٠ رقم ٣٣٧٥) من حديث أبي هريرة ؓ قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٤/ ٣٨ رقم ١١٧٨): هذا إسناد فيه مقال محمد بن سليمان ضعَّفه النسائي وابن عدي وقوَّاه ابن حبان وقال أبو حاتم يكتب حديثه ولا يُحتجُّ به وباقي رجال الإسناد ثقات وله شاهد من حديث أبي موسى رواه النسائي في الصغرى ورواه الإمام أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه من حديث ابن عباس ورواه البزار في مسنده من حديث عبد الله بن عمرو.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤/ ٨١ رقم ٣٦٦٧) من حديث عبد الله بن عمرو ؓ قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ٧٢ رقم ٨١٩٥): رواه الطبراني في الأوسط عن شيخه شباب ابن صالح ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات وفي بعضهم كلام لا يضر.

(٣) أخرجه بنحوه أبو داود (٣/ ٣٢٧ رقم ٣٦٨٠) من حديث ابن عباس وفي سنده إبراهيم بن عمر اليماني أبو إسحاق الصنعاني، وهو مستور، وللحديث شواهد يتقوَّى بها.

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ٣).

ثُمَّ هُوَ غَيْرُ مَعْلُولٍ عِنْدَنَا، حَتَّى لَا يَتَعَدَّى حُكْمُهُ إِلَى سَائِرِ الْمُسْكِرَاتِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُعَدِّيهِ إِلَيْهَا، وَهَذَا بَعِيدٌ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ السُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ وَتَعْلِيلُهُ لِتَعْدِيَةِ الِاسْمِ، وَالتَّعْلِيلُ فِي الْأَحْكَامِ لَا فِي الْأَسْمَاءِ، وَالرَّابِعُ: أَنَّهَا نَجِسَةٌ نَجَاسَةً غَلِيظَةً كَالْبَوْلِ، لِثُبُوتِهَا بِالدَّلَائِلِ الْقَطْعِيَّةِ عَلَى مَا بَيَّنَّا، وَالْخَامِسُ: أَنَّهُ يَكْفُرُ مُسْتَحِلُّهَا لِإِنْكَارِهِ الدَّلِيلَ الْقَطْعِيَّ.

وَالسَّادِسُ: سُقُوطُ تَقَوُّمِهَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ، حَتَّى لَا يَضْمَنَ مُتْلِفُهَا وَغَاصِبُهَا،

بوجوه، فإنه ﷺ قرن شربها بعبادة الوثن، وجعلها رجسًا، ومن أعمال الشيطان، وأمر بالاجتناب، وجعل الاجتناب من الفلاح [وإذا كان الاجتناب من الفلاح][1] كان الارتكاب خيبة وخسارة، وقوله تعالى: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١] من آكد ما يُنهى به، كأنه قال: قد تلي ما فيه من أنواع المفاسد ووقوع التعادي والتباغض والصد عن ذكر الله وعن الصلاة ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١] مع هذه الصوارف، أم أنتم على ما كنتم كأن لم تتعظوا ولم تنزجروا.

قوله: (ثم هو)؛ أي: القليل منها أو لفظ الخمر (غير معلول عندنا).

(وهذا)؛ أي: قول الشافعي (بعيد)؛ لأن تعليله حينئذ يخالف النص، وقوله ﷺ: «حُرِّمَتِ الخمرُ لِعَينِها والسُّكرُ من كُلِّ شرابٍ»[2].

وما قيل في رواية ابن عباس: أنه قال: «والمُسكِرُ من كُلِّ شَرابٍ»[3] فالمرادُ مِنَ السُّكرِ المُسكِرُ لا ينفي قولنا؛ لأنا نقول: المسكر: القدح الأخير، فأبيح ما وراءها، بدليل ما روي عن عمر، كما يجيء.

قيل: إن حديث ابن عباس ضعيف؛ لأن راويه مجهول أو مرسل غير ملزم علينا؛ لأن المرسل حجة، ورواية المجهول مقبولة عندنا، فتضعيفه بالعصبية.

قوله: (حتى لا يضمن متلفها) بالإجماع، وهل يباح إتلافها؟

قال مجد[4] الأئمة السرخسي: قيل: يباح، والأصح أنه لا يباح الإتلاف

---

(١) ما بين المعقوفتين ليس بالأصل، وأثبتناه من النسخة الثانية.
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) في النسخة الثانية: (فخر) وفي الثالثة: (شمس).

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا نَجَّسَهَا فَقَدْ أَهَانَهَا، وَالتَّقَوُّمُ يُشْعِرُ بِعِزَّتِهَا، وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا وَأَكْلَ ثَمَنِهَا» وَاخْتَلَفُوا فِي سُقُوطِ مَالِيَّتِهَا، وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ مَالٌ؛ لِأَنَّ الطِّبَاعَ تَمِيلُ إِلَيْهَا وَتَضُنُّ بِهَا، وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى مُسْلِمٍ دَيْنٌ فَأَوْفَاهُ ثَمَنَ خَمْرٍ: لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَلَا لِلْمَدْيُونِ أَنْ يُؤَدِّيَهُ؛ لِأَنَّهُ ثَمَنُ بَيْعٍ بَاطِلٍ، وَهُوَ غَصْبٌ فِي يَدِهِ أَوْ أَمَانَةٌ، عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ، كَمَا فِي بَيْعِ المَيْتَةِ، وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَى ذِمِّيٍّ فَإِنَّهُ يُؤَدِّيهِ مِن ثَمَنِ الخَمْرِ، وَالمُسْلِمُ الطَّالِبُ يَسْتَوْفِيهِ؛ لِأَنَّ بَيْعَهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ جَائِزٌ.

وَالسَّابِعُ: حُرْمَةُ الِانْتِفَاعِ بِهَا؛ لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالنَّجَسِ حَرَامٌ، وَلِأَنَّهُ وَاجِبُ الِاجْتِنَابِ وَفِي الِانْتِفَاعِ بِهِ اقْتِرَابٌ.

إلا لغرض صحيح، بأن كانت عند الشريب يشربها غالبًا لو تركت عنده، حتى لو كانت عند صالح لا يباح، فإنها مملوكة له، وفي بقائها فائدة، وهي التخليل، كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (والتقوم يشعر بعزتها)[١]؛ فإن معنى كون الشيء متقوّمًا أنه يجب إبقاؤه[٢] إما بعينه أو بماليته.

قوله: (وهو غصب)؛ لأنه أخذه بغير إذن الشرع (أو أمانة)؛ لأنه أخذه برضا صاحبه.

قوله: (حرمة الانتفاع) كسقي الدواب والتداوي بها، بالاحتقان والإقطار في الإحليل، كذا في الأوضح، إلا أن حكم القتل[٣] قد انتسخ بقوله ﷺ: «**لَا يَحلُّ دمُ امرئٍ مُسلمٍ إلّا بإحدَى**[٤] معانٍ ثلاثٍ...» الحديث[٥].

---

(١) في الأصل: (بحرمتها) والمثبت من المتن.
(٢) في النسختين: (إبقاؤها).
(٣) في الأصل: (القليل) والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) كذا بالأصول.
(٥) أخرجه البخاري (٩/ ٥ رقم ٦٨٧٨) ومسلم (٣/ ١٣٠٢ رقم ١٦٧٦) من حديث ابن مسعود ﷺ مرفوعا: «لا يحلُّ دمُ امرئٍ مسلم، يشهدُ أنْ لا إلهَ إلّا اللهُ وأنِّي رسولُ اللهِ، إلّا بإحدَى ثلاثٍ: الثَّيِّب الزَّاني، والنَّفس بالنَّفسِ، والتَّاركُ لدينهِ المفارقُ للجماعةِ».

وَالثَّامِنُ: أَنْ يُحَدَّ شَارِبُهَا وَإِنْ لَمْ يَسْكَرْ مِنهَا، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْتُلُوهُ» إِلَّا أَنَّ حُكْمَ القَتْلِ قَدْ انْتَسَخَ، فَبَقِيَ الجَلْدُ مَشْرُوعًا، وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ ﷺ، وَتَقْدِيرُهُ ذَكَرْنَاهُ فِي الحُدُودِ.

وَالتَّاسِعُ: أَنَّ الطَّبْخَ لَا يُؤَثِّرُ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لِلْمَنْعِ مِن ثُبُوتِ الحُرْمَةِ لَا لِرَفْعِهَا بَعْدَ

قوله: (**وعليه انعقد إجماع الصحابة**)؛ أي: على أنها حرام، ويحد بشرب قليلها، وما حكي عن قدامة بن مظعون وعمرو بن معديكرب وأبي جندل بن سهل أنهم قالوا بحلها.

فقد روى الجوزجاني بإسناده عن ابن عباس أن قدامة بن مظعون شرب الخمر، فقال له عمر: ما حملك على ذلك؟ فقال: إن الله تعالى يقول: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟﴾ [المائدة: ٩٣] وإني من المهاجرين الأولين من أهل بدر، فقال عمر: أجيبوا الرجل، فسكتوا، فقال لابن عباس: أجبه، فقال: إنما أنزله الله تعالى عذرًا للماضين لمن شربها قبل أن تُحَرَّمَ، ثم سأل عمر عن الحد فيها، فقال عليٌّ: إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فعليه حد المفترين ثمانين، فجلده عمر ثمانين، فقال له: أخطأت التأويل.

وروي أن أناسًا شربوا الخمر بالشام [فقال][1] لهم يزيد بن أبي سفيان: شربتم الخمر؟ قالوا: نعم، بقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ﴾ الآية، فكتب بهم إلى عمر، فكتب عمر إليه: أن ابعثهم إليّ سريعًا؛ كيلا يفتنوا عباد الله، فبعث بهم إلى عمر، فقال لعلي: ما ترى؟ [فقال][2]: أرى إن زعموا أنها حلال وشَرَّعوا في دين الله فاقتلهم، وإن زعموا أنها حرام فاجلدهم ثمانين، فحدهم عمر ثمانين، ورجعوا إلى تحريمها، فانعقد الإجماع.

قوله: [٢/ ٤٣٧/ أ] (**والطبخ لا يؤثر**) بعد ما صار خمرًا؛ فإن أثر في إزالة صفة الإسكار، والخمر حرام، وموجب للحد لعينها لا لإسكارها.

---

(١) المثبت من النسخة الثانية.
(٢) المثبت من النسخة الثانية.

ثُبُوتِهَا، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُحَدُّ فِيهِ مَا لَمْ يَسْكَرْ مِنهُ عَلَى مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ الحَدَّ بِالقَلِيلِ فِي النِّيءِ خَاصَّةً، لِمَا ذَكَرْنَا، وَهَذَا قَدْ طُبِخَ.

وَالعَاشِرُ: جَوَازُ تَخْلِيلِهَا، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَسَنَذْكُرُهُ مِن بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، هَذَا هُوَ الكَلَامُ فِي الخَمْرِ.

وَأَمَّا العَصِيرُ. إِذَا طُبِخَ حَتَّى يَذْهَبَ أَقَلُّ مِن ثُلُثَيْهِ، وَهُوَ المَطْبُوخُ أَدْنَى طَبْخَةٍ، وَيُسَمَّى البَاذَقَ وَالمُنَصَّفَ ـ وَهُوَ مَا ذَهَبَ نِصْفُهُ بِالطَّبْخِ ـ فَكُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ عِنْدَنَا إِذَا غَلَى وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبَدِ، أَوْ إِذَا اشْتَدَّ عَلَى الِاخْتِلَافِ غَيْرُهُ، وَقَالَ الأَوْزَاعِيُّ: إِنَّهُ مُبَاحٌ، وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ المُعْتَزِلَةِ؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوبٌ طَيِّبٌ وَلَيْسَ بِخَمْرٍ غَيْرُهُ، وَلَنَا: أَنَّهُ

(وهذا قد طُبخ)؛ أي: صار مطبوخًا.

قال شمس الأئمة السرخسي: يحد من شرب منه قليلًا كان أو كثيرًا، بالنص لا يوجب الحد في قليل الخمر.

وفي القنية: وقيل: لو زالت مرارتها بالطبخ يحل شربها؛ لأنها ما بقيت خمرًا.

قوله: **(ويسمى الباذَق)** قيل: إنها كلمة فارسية عُرِّبَتْ فلم يعرفها النبي ﷺ، أو أنه شيء لم يكن في أيامه، وإنما أُحدِث بعده.

وفي المغرب[1]: هذا ضعيف، بل هو عصير عنب طبخ أدنى طبخة، فصار شديدًا.

وفي الفائق[2]: وقيل: هو تعريب (باذه) وهو الخمر.

(وكل ذلك حرام عندنا)؛ أي: قليله وكثيره إذا اشتد عندهما، وقذف الزبد عنده، أما إذا كان حلوًا يحل شربه بالاتفاق. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: **(وهو قول بعض المعتزلة)** وهو بشر المريسي، وبعض أصحاب الظاهر، كداود الأصفهاني.

قوله: **(مشروب طيب ليس بخمر)**؛ فكان حلالًا، كالمثلث.

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٣٨).
(٢) الفائق للزمخشري (١/ ٩٠).

رَقِيقٌ مُلِذٌّ مُطْرِبٌ، وَلِهَذَا يَجْتَمِعُ عَلَيْهِ الفُسَّاقُ، فَيَحْرُمُ شُرْبُهُ دَفْعًا لِلْفَسَادِ المُتَعَلِّقِ بِهِ، وَأَمَّا نَقِيعُ التَّمْرِ. وَهُوَ السَّكَرُ وَهُوَ النِّيءُ مِن مَاءِ التَّمْرِ، أَيْ الرَّطْبِ. فَهُوَ حَرَامٌ مَكْرُوهٌ، وَقَالَ شَرِيكُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ: إِنَّهُ مُبَاحٌ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧] امْتَنَّ عَلَيْنَا بِهِ، وَهُوَ بِالمُحَرَّمِ لَا يَتَحَقَّقُ، وَلَنَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ ﷺ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا مِن قَبْلُ، وَالآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الِابْتِدَاءِ إِذْ كَانَتْ الأَشْرِبَةُ مُبَاحَةً كُلُّهَا، وَقِيلَ: أَرَادَ بِهِ التَّوْبِيخَ، مَعْنَاهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ: تَتَّخِذُونَ مِنهُ سَكَرًا

وقلنا: المثلث غليظ لا يدعو قليله إلى كثيره، أما هذا مثلث رقيق، ويدعو قليله إلى كثيره، فكان حرامًا كالخمر.

قوله: (أي: **الرطب**) فسر التمر بالرطب؛ لأن الشراب المتخذ اسمه نبيذ التمر لا السكر، والنقيع: ما ينقع في الماء، والنبيذ ما يطبخ أدنى طبخة، وأردف الحرمة بالكراهة **بقوله**: (حرام مكروه) في المختصر: لأن في حرمته نوع ضعف؛ لما أن حرمته ليست كحرمة الخمر، فلذلك أردف الحرمة بالكراهة؛ إذ حرمة السكر اجتهادية، وحرمة الخمر بالإجماع قطعية، ولهذا لا يكفر مستحل السَّكَر، ويكفر مستحل الخمر.

قوله: (ما روينا) إشارة إلى قوله ﷺ: «**الخمرُ مِنْ هاتَينِ الشَّجَرتَينِ**»[١] والآية محمولة على الابتداء. قال مقاتل: نزلت الآية قبل تحريم الخمر؛ لأن السورة مكية، وتحريم الخمر بالمدينة.

قوله: (**وقيل: أراد به التوبيخ**)؛ أي: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا﴾ [النحل:٦٧] والمراد منه خمر التمر، وتتركون رزقًا حسنًا، وهو الدبس وما يؤكل منه، كالفلائج.

وفي الذخيرة: ما يتخذ من الشراب من التمر ثلاثة: السكر والعصير والنبيذ، أما السكر: فهي النِّيئ من ماء الرطب، وإنه حلال ما دام حلوًا، وإذا اشتد وقذف بالزبد حرام عندنا، ومن الناس من أباحه، والصحيح أنه حرام؛ لما

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

وَتَدَّعُونَ رِزْقًا حَسَنًا، وَأَمَّا نَقِيعُ الزَّبِيبِ ـ وَهُوَ النِّيءُ مِن مَاءِ الزَّبِيبِ ـ فَهُوَ حَرَامٌ إِذَا اشْتَدَّ وَغَلَى، وَيَتَأَتَّى فِيهِ خِلَافُ الأَوْزَاعِيِّ، وَقَدْ بَيَّنَّا المَعْنَى مِن قَبْلُ، إِلَا أَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الأَشْرِبَةِ دُونَ حُرْمَةِ الخَمْرِ، حَتَّى لَا يَكْفُرَ مُسْتَحِلُّهَا، وَيَكْفُرُ مُسْتَحِلُّ الخَمْرِ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهَا اجْتِهَادِيَّةٌ، وَحُرْمَةُ الخَمْرِ قَطْعِيَّةٌ، وَلَا يَجِبُ الحَدُّ بِشُرْبِهَا حَتَّى يَسْكَرَ، وَيَجِبُ بِشُرْبِ قَطْرَةٍ مِن الخَمْرِ، وَنَجَاسَتُهَا خَفِيفَةٌ فِي رِوَايَةٍ، وَغَلِيظَةٌ فِي أُخْرَى،

روي عن عمر أنه سئل عن السُّكْرِ قال: هي خمر، وكان عليٌّ يشدد في تحريم السُّكْرِ، وأكثر أهل العلم.

وأما الفضيخ: فهو النِّيءُ من ماء البسر المذنّب، والاسم مشتق من الفضخ: وهو الكسر، فالبسر المذنب، ويجعل في جب، ويصب عليه الماء الحار، فتخرج حلاوته يسمى فضيخًا لكونه مستخرجًا من البسر المفضوخ، وإنه حلال ما دام حلوًا، فإذا اشتد وقذف بالزبد فهو حرام عندنا وأكثر أهل العلم، ولكن حرمته دون حرمة الخمر، فإن عند أبي حنيفة يجوز بيع السُّكْر، ولا يجب الحد بشرب قليله، ولا يمنع جواز الصلاة بإصابته الثوب أكثر من قدر الدرهم.

وأما نبيذ التمر، وهو نقيعه، إذا طبخ أدنى طبخة وغلى واشتدّ وقذف بالزَّبَد فإنه حلال عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاستمراء الطعام والتداوي، والسُّكر منه حرام، وهو قول محمد أولًا، ثم رجع وقال: لا يحل شربه. وهو قول الشافعي.

قوله: (وقد بَيَّنَّا المعنى) أراد قوله: (أنه رقيق ملذ مطرب...) إلى آخره.

وأما نقيع الزبيب، فالمتخذ منه شيئان: نقيع ونبيذ، فالنقيع وهو ما ينقع الزبيب حتى تستخرج حلاوته، فما دام حلوًا يحل بالإجماع، فإذا اشتد وقذف بالزَّبَد فحكمه حكم الباذق، وأما النبيذ فهو النِّيءُ من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة، ما دام حلوًا يحل، وإن غلى واشتد وقذف بالزبد فهو كالمثلث. كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (ونجاستها)؛ أي: نجاسة الأشربة المحرمة الثلاثة **(خفيفة في رواية)**.

قال الفضلي: وهو قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وروى هشام عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنها غليظة كالخمر.

وَنَجَاسَةُ الخَمْرِ غَلِيظَةٌ رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَيَجُوزُ بَيْعُهَا، وَيَضْمَنُ مُتْلِفُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، وَمَا شَهِدت دَلَالَةٌ قَطْعِيَّةٌ بِسُقُوطِ تَقَوُّمِهَا، بِخِلَافِ الخَمْرِ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُ يَجِبُ قِيمَتُهَا لَا مِثْلُهَا عَلَى مَا عُرِفَ، وَلَا يُنْتَفَعُ بِهَا بِوَجْهٍ مِن الوُجُوهِ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا إِذَا كَانَ الذَّاهِبُ بِالطَّبْخِ أَكْثَرَ مِن النِّصْفِ دُونَ الثُّلُثَيْنِ (وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِن الأَشْرِبَةِ فَلَا بَأْسَ بِهِ) قَالُوا: هَذَا الجَوَابُ عَلَى هَذَا العُمُومِ وَالبَيَانِ لَا يُوجَدُ فِي غَيْرِهِ، وَهُوَ نَصٌّ عَلَى أَنَّ مَا يُتَّخَذُ مِن الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالعَسَلِ وَالذُّرَةِ حَلَالٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُحَدُّ شَارِبُهُ عِنْدَهُ وَإِنْ سَكِرَ مِنهُ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ السَّكْرَانِ مِنهُ بِمَنْزِلَةِ النَّائِمِ، وَمَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ بِالبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ، ....

قوله: (ويجوز بيعها)؛ أي: بيع الأشربة الثلاثة عند أبي حنيفة، لكن مع الكراهة.

[قوله][١]: **(فيهما)** في البيع والإتلاف.

قوله: (على ما عرف)، وهو أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام، فلا يكون مأمورًا بإعطاء المثل، حتى لو أعطى يخرج عن العهدة، إلا أنه مكروه.

قوله: (لا يوجد في غيره)؛ أي: غير الجامع، أي: ما [٢/ ٤٣٧/ ب] ذكر في الجامع.

قوله: (ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك) فإنه لا يقع طلاقه، ولا يصح بيعه وإقراره. ذكره فخر الإسلام.

وعن أبي حنيفة قال: من زال عقله بالبنج؛ إن علم أنه بنج حين أكل يقع طلاقه وعتاقه، وإن لم يعلم لا يقع طلاقه، والسكر من هذه الأشربة حرام بالإجماع؛ لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول غير مشروب، فمن المشروب أولى. كذا ذكره المحبوبي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ حَرَامٌ، وَيُحَدُّ شَارِبُهُ وَيَقَعُ طَلَاقُهُ إِذَا سَكِرَ مِنهُ كَمَا فِي سَائِرِ الأَشْرِبَةِ المُحَرَّمَةِ(*) (وَقَالَ فِيهِ أَيْضًا: وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: مَا كَانَ مِن الأَشْرِبَةِ يَبْقَى بَعْدَ مَا يَبْلُغُ عَشَرَةَ أَيَّامٍ وَلَا يَفْسُدُ فَإِنِّي أَكْرَهُهُ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَوْلُهُ الأَوَّلُ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ: إِنَّ كُلَّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَفَرَّدَ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: يَبْلُغُ: يَغْلِي وَيَشْتَدُّ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: وَلَا يَفْسُدُ: لَا يَحْمَضُ، وَوَجْهُهُ: أَنَّ بَقَاءَهُ هَذِهِ المُدَّةَ مِن غَيْرِ أَنْ يَحْمَضَ دَلَالَةُ قُوَّتِهِ وَشِدَّتِهِ فَكَانَ آيَةَ حُرْمَتِهِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ يُرْوَى عَن ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَعْتَبِرُ حَقِيقَةَ الشِّدَّةِ عَلَى الحَدِّ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِيمَا يَحْرُمُ

وقيل: أكل البنج حرام وإن لم يسكر؛ لما روي أنه ﷺ نهى عن الميسر والخمر والكوبة والغبيراء، قيل: هو البنج.

قوله: (وعن محمد أنه حرام يحد شاربه) إذا سكر منه.

وفي النوازل وفتاوى الخسرواني وجامع المحبوبي: الفتوى على قول محمد؛ لغلبة الفساد.

قوله: (وقال فيه أيضًا)؛ أي: في الجامع.

قوله: (إلا أنه)؛ أي: أبا يوسف رحمه الله **(تفرد بهذا الشرط)** وهو ألا يفسد بعد ما بلغ عشرة أيام.

وفي الكافي: وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولًا في المطبوخ من ماء الزبيب والتمر: إنه إذا صار مُعَتَّقًا لا يحل شربه، وإن كان بحيث يفسد إذا تُرِك عشرة أيام فلا بأس بشربه، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة، فالحاصل أن أبا يوسف قال أولًا مثل قول محمد: أن كل مسكر حرام لكن بشرط ألا يفسد بعد ما بلغ عشرة أيام، أي: لا يحمض.

قوله: (ومثل ذلك يروى عن ابن عباس)؛ فإنه قال: كل نبيذ يفسد عند إبانه فلا بأس، وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه، أراد به النيئ من ماء الزبيب والتمر أنه ما دام حلوًا ولم يصر معتقًا فهو بحيث يفسد عند إبانه،

(*) الراجح: قول محمد.

أَصْلُ شُرْبِهِ وَفِيمَا يَحْرُمُ السُّكْرُ مِنهُ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَأَبُو يُوسُفَ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، فَلَمْ يُحَرِّمْ كُلَّ مُسْكِرٍ، وَرَجَعَ عَنْ هَذَا الشَّرْطِ أَيْضًا (وَقَالَ فِي المُخْتَصَرِ: وَنَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِذَا طُبِخَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَدْنَى طَبْخَةٍ حَلَالٌ وَإِن اشْتَدَّ، إِذَا شَرِبَ مِنهُ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا يُسْكِرُهُ مِن غَيْرِ لَهْوٍ وَلَا طَرَبٍ)، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَالشَّافِعِيِّ: حَرَامٌ، وَالكَلَامُ فِيهِ كَالكَلَامِ فِي المُثَلَّثِ العِنَبِيِّ وَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِالخَلِيطَيْنِ) لِمَا رُوِيَ

فلا بأس بشربه إذا صار معتقًا بأن غلى واشتد وقذف بالزَّبَد، فهو يزداد جودة على طول الترك، فلا خير فيه.

قوله: (**عند محمد والشافعي حرامٌ**) وبه قال مالك وأحمد.

قوله: (**والكلام فيه كالكلام في المثلث العِنَبِيِّ**).

وفي الأوضح: نبيذ الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف؛ أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ.

قال أبو جعفر: يحتمل أن تكون في المسألة روايتان، ويحتمل أن تكون رواية، واختلاف الجواب لاختلاف الوضع، فيكون موضوع ظاهر الرواية ما إذا كان ماء الزبيب قبل الطبخ في غلظ المنصف؛ فيلحقه أدنى طبخة بالمثلث في موضوعها ما ذكر في النوادر ما إذا كان ماء الزبيب قبل الطبخ في رقة العصير؛ فلا يلحق بالمثلث بأدنى طبخة، بإن كان في المسألة روايتان.

قوله: (الظاهر أن النِّيءَ من ماء الزبيب) دون النِّيءِ من ماء العنب؛ لأن ماء العنب لا يخالطه ماء آخر، وإنما يستخرج ماؤه بالأقدام، وماء الزبيب يستخرج بماء آخر فيختلط.

ولهذا قال عمر: كل شراب استخرج بغير مائه فهو حلال فاشربوه، ولهذا لا يفسق شارب النقيع والنبيذ، وإذا كان دون النِّيءِ من ماء العنب لا يشترط لحلها ما يشترط لحل ماء العنب من الطبخ.

[قوله][١]: (ولا بأس بالخليطين) وهو أن يجمع بين ماء التمر والزبيب،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عَنْ ابْنِ زِيَادٍ أَنَّهُ قَالَ: سَقَانِي ابْنُ عُمَرَ ﷺ شَرْبَةً مَا كِدْت أَهْتَدِي إلَى مَنْزِلِي، فَغَدَوْت إلَيْهِ مِن الغَدِ فَأَخْبَرْته بِذَلِكَ فَقَالَ: مَا زِدْنَاك عَلَى عَجْوَةٍ وَزَبِيبٍ، وَهَذَا نَوْعٌ مِن الخَلِيطَيْنِ وَكَانَ مَطْبُوخًا؛ لِأَنَّ المَرْوِيَّ عَنْهُ حُرْمَةُ نَقِيعِ الزَّبِيبِ، وَهُوَ النِّيءُ مِنهُ، وَمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن الجَمْعِ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ، وَالزَّبِيبِ وَالرُّطَبِ، وَالرُّطَبِ وَالبُسْرِ» مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الشِّدَّةِ، وَكَانَ ذَلِكَ فِي الِابْتِدَاءِ.

ويطبخ أدنى طبخة ويترك إلى أن يشتد، كذا في الأوضح، والمحرر، والمغرب[1]، وشرح الغريبين، وهكذا قال الخطابي.

والعجوة: التمرة الجيدة التي يغيب فيه الضرس لجودته؛ **(لما روي عن ابن زياد)** وهو عبد الله بن زياد إلى آخره.

وابن عمر كان معروفًا بالزهد والفقه من الصحابة؛ فلا يظن أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يسقي ما كان حرامًا.

قوله: **(وهذا نوعٌ من الخليطين)** وكان مطبوخًا؛ **(لأن المروي عنه)** أي: عن ابن عمر من نقيع الزبيب، فقال عمر: اجتنبها، وفيه رد لقول أصحاب الظواهر، وبعض الروافض، وأحمد في رواية، أنهم لا يحلون شرب الخليطين وإن كان حلوًا؛ لأنه ﷺ **نهى عن الجمع بين التمر والزبيب، والزبيب والرطب، [والرطب]**[2] والبسر، رواه أبو سعيد الخدري.

وكذا لا يُحِلُّون الجمع بين النعمتين لظاهر الحديث؛ لأنه يدل على أن الجمع بينهما منهي؛ لما أن كلًّا منهما أصلًا لا تبعًا بخلاف المرقة والإدام، والجمع بين التمرتين بعد الطعام، والنعم على التعاقب، فإنه لا يكره بالإجماع؛ لما أن أحدهما صار تبعًا للآخر، وأكل النعم على التعاقب لا يكون جمعًا في وقت واحد.

ولنا حديث ابن زياد وقوله تعالى: ﴿كُلُوا۟ مِمَّا فِى ٱلْأَرْضِ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾ [البقرة:١٦٨] بلا تفصيل بين حالة وحالة، والحديث محمول على حال الشدة

---

(١) المغرب للمطرزي (ص: ٣٨).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَنَبِيذُ العَسَلِ وَالتِّينِ وَنَبِيذُ الحِنْطَةِ وَالذُّرَةِ وَالشَّعِيرِ حَلَالٌ، وَإِنْ لَمْ يُطْبَخْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إِذَا كَانَ مِن غَيْرِ لَهْوٍ وَطَرَبٍ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الخَمْرُ مِن هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ، وَأَشَارَ إِلَى الكَرْمَةِ وَالنَّخْلَةِ» خَصَّ التَّحْرِيمَ بِهِمَا وَالمُرَادُ بَيَانُ الحُكْمِ، ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ الطَّبْخُ فِيهِ لِإِبَاحَتِهِ، وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ وَهُوَ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ؛ لِأَنَّ قَلِيلَهُ لَا يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ كَيْفَمَا كَانَ. وَهَلْ يُحَدُّ فِي المُتَّخَذِ مِن الحُبُوبِ إِذَا سَكِرَ مِنهُ؟ ....

والقحط؛ فاستحب أن يأكل كل واحد بلا جمع، ويؤثر بالآخر جاره الجائع حتى [٢/٤٣٨/أ] لا يشبع هو وجاره جائع، كذا روي عن إبراهيم النخعي، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

والدليل على أنه كان في زمن القحط أو في بدء الإسلام روي عن عائشة رضي الله عنها: كنت أنتبذ لرسول الله ﷺ فلم يستمرئه، فأمرني أن ألقي زبيبًا فألقيت فيه زبيبًا(١).

قوله: (حلال وإن لم يطبخ)؛ أي: ما دون المسكر.

وعن محمد رحمه الله في النوادر: إن شرب النِّيئ منه بعدما اشتد وقام؛ لأنه مسكر.

وجه ظاهر الرواية: أن العسل، والشعير، والذرة حلال المتناول، متغيرًا كان أو لا، فكذا ما يتخذ منها من الأشربة؛ لأن هذا في معنى الطعام، والتغير في الطعام لا يؤثر في الحرمة، وكذا نفس الشدة لا توجب الحرمة؛ فقد يكون ذلك في بعض الأدوية كالبنج، وفي بعض الأشربة كاللبن، ولئن روي فيه حديث فهو شاذ فيما تعمُّ به البلوى ورُدَّ.

قوله: (من الحبوب) كالبر، والشعير، والذرة، **(إذا سكر منه)** وكذا في المتخذ من العسل، والفانيد، والسكّر، والتوت، والكمثرى، وغير ذلك إذا

---

(١) بنحوه أخرجه أبو داود (٣/ ٣٣٣ رقم ٣٧٠٨) من حديث عائشة رضي الله عنها قال ابن حجر في الدراية (٢/ ٢٥٠ رقم ٩٩٠): إسناده ضعيف.

قِيلَ: لَا يُحَدُّ وَقَدْ ذَكَرْنَا الوَجْهَ مِن قَبْلُ، قَالُوا: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُحَدُّ، فَإِنَّهُ رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِيمَنْ سَكِرَ مِن الأَشْرِبَةِ أَنَّهُ يُحَدُّ مِن غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الفُسَّاقَ يَجْتَمِعُونَ عَلَيْهِ فِي زَمَانِنَا اجْتِمَاعَهُمْ عَلَى سَائِرِ الأَشْرِبَةِ، بَلْ فَوْقَ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ المُتَّخَذُ مِن الأَلْبَانِ إِذَا اشْتَدَّ فَهُوَ عَلَى هَذَا، وَقِيلَ: إِنَّ المُتَّخَذَ مِن لَبَنِ الرِّمَاكِ لَا يَحِلُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ اعْتِبَارًا بِلَحْمِهِ؛ إِذْ هُوَ مُتَوَلِّدٌ مِنهُ قَالُوا: وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّ كَرَاهَةَ لَحْمِهِ لِمَا فِي إِبَاحَتِهِ مِن قَطْعِ مَادَّةِ الجِهَادِ، أَوْ لِاحْتِرَامِهِ، فَلَا يُتَعَدَّى إِلَى لَبَنِهِ.

قَالَ: (وَعَصِيرُ العِنَبِ إِذَا طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ ثُلُثَاهُ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ: ....

سكر لا يحدّ؛ لأن النص ورد بالحد في الخمر، وهذا ليس في معنى الخمر، فلو وجب الحد فيه؛ لكان بطريق القياس، وذا لا يجوز.

ولأن الحد شرع للزجر عن ارتكاب سيئة، ودعاء الطبع إلى هذه الأشربة لا يكون كدعاء الطبع للمتخذ من الزبيب والعنب والتمر، فلا يشرع فيه الزاجر، كذا في مبسوط السرخسي[١].

وقوله: (وقد ذكرنا الوجه)؛ إشارة إلى قوله: لأنه غير متخذ من أصل الخمر، فكان كلَبنِ الرماك.

قوله: (قالوا: والأصح أنه يحد) وكذا قال في مبسوط شيخ الإسلام، والإسْبِيجابي.

قوله: (والأصح أنه يحل؛ لأن كراهة لحمه...) إلى آخره، وفي فتاوى قاضي خان، وعامة المشايخ قالوا: هو مكروه كراهة التحريم إلا أنه لا يحد شاربه.

[قوله][٢]: (حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه) وهو المدعو بالمثلث العنبي حلال عندهما.

وقال محمد، ومالك، والشافعي، وأحمد، وأبو عبيد، وأبو ثور، وإسحاق، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء، ومجاهد، وقتادة، وطاوس،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ١٨).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

حَلَالٌ، وَإِن اشْتَدَّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ وَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: حَرَامٌ(*)، وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا قَصَدَ بِهِ التَّقَوِّي، أَمَّا إِذَا قَصَدَ بِهِ التَّلَهِّيَ: لَا يَحِلُّ بِالِاتِّفَاقِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ مِثْلُ قَوْلِهِمَا، وَعَنْهُ: أَنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ، وَعَنْهُ أَنَّهُ تَوَقَّفَ فِيهِ، لَهُمْ فِي إِثْبَاتِ الحُرْمَةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ»، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ» وَيُرْوَى عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَا أَسْكَرَ الجَرَّةُ مِنْهُ، فَالجَرْعَةُ مِنْهُ حَرَامٌ» وَلِأَنَّ المُسْكِرَ يُفْسِدُ العَقْلَ،

وأصحاب الظاهر: حرام، وفي النوازل: بقول محمد نأخذ، وقد ذكرنا الفتوى على قوله.

قوله: (قصد به التقوِّي)؛ أي: استمراء الطعام بواسطة.

وسئل أبو حفص الكبير عنه فقال: لا يحل شربه، فقيل له: لِمَ خالفت أبا حنيفة، وأبا يوسف؟ فقال: لأنهما يَحِلّان للاستمراء، والناس في زماننا يشربون للفجور وللتلهي، فعلم أن الخلاف فيما إذا قصد به التقوي، وإذا قصد التلهي لا يحل بالاتفاق، وعن أبي يوسف في أماليه: لو أراد أن يشربها للسكر فقليله وكثيره حرام، وقعوده بذلك حرام، ومشيه إليه حرام.

(وعنه)؛ [أي](١): عن محمد (أنه توقف فيه) فقال: لا أبيحه ولا أحرمه؛ لتعارض الآثار، فيكون حرامًا قليله وكثيره كالخمر، فإن قليلها وكثيرها حرام يوجب الحد، فكذا هذا؛ لأن القليل منه لو كان مباحًا لما وجب الحد وإن سكر منه؛ لأن السكر إنما حصل بشرب الحرام والحلال حينئذ، فباعتبار جانب الحل يمنع وجوب الحد عليه، فإذا اجتمع الموجب للحد والمسقط له ترجح المسقط على الموجب؛ لسقوطه بالشبهة، ولأن القليل وإن لم يكن مسكرًا فهو مؤدٍ إليه، وما يؤدي إلى الحرام يكون حرامًا.

ألا ترى أن القليل من الباذق المشتد والمنصف المشتد حرام، وإن كان القليل منه لا يسكر؛ لأنه يؤدي إلى السكر فكذا هذا.

(*) الراجح: قول محمد.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَيَكُونُ حَرَامًا قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ كَالخمْرِ، وَلَهُمَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «حُرِّمَتْ الخَمْرُ لِعَيْنِهَا» وَيُرْوَى «بِعَيْنِهَا قَلِيلِهَا وَكَثِيرِهَا، وَالسُّكْرُ مِن كُلِّ شَرَابٍ» خَصَّ السُّكْرَ بِالتَّحْرِيمِ فِي غَيْرِ الخَمْرِ؛ إذ العَطْفُ لِلْمُغَايَرَةِ، وَلِأَنَّ المُفْسِدَ هُوَ القَدَحُ المُسْكِرُ، وَهُوَ حَرَامٌ عِنْدَنَا وَإِنَّمَا يَحْرُمُ القَلِيلُ مِنهُ؛ لِأَنَّهُ يَدْعُو لِرِقَّتِهِ وَلَطَافَتِهِ إِلَى الكَثِيرِ، فَأُعْطِيَ حُكْمَهُ، وَالمُثَلَّثُ لِغِلَظِهِ لَا يَدْعُو، وَهُوَ فِي نَفْسِهِ غِذَاءٌ، فَبَقِيَ عَلَى الإِبَاحَةِ: وَالحَدِيثُ الأَوَّلُ غَيْرُ ثَابِتٍ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، ....

(ويروى)؛ أي: لأبي حنيفة ولأبي يوسف قوله: «**حُرِّمَت الخمرُ لعَينِها والسُّكرُ مِن كُلِّ شرابٍ**» رواه ابن عباس وهذا خبر صحيح.

وفي رواية عن ابن عباس: «**حُرِّمَت الخمرُ لعَينِها قَليلِهَا وكَثيرِهَا، والسُّكرُ من كلِّ شرابٍ**»[١].

وعن علي كرم الله وجهه عن النبي ﷺ أنه أتى مكة بنبيذ فذاقه فقطب وجهه فرده، فقيل يا رسول الله: هذا شراب أهل مكة، فقال ﷺ: «**حُرِّمت الخمرُ لعينِهَا، والسُّكرُ من كلِّ شرابٍ**»[٢]؛ فقد خص السكر في غير الخمر؛ فعلم أن القدح المسكر حرام.

قوله: (وإنما يَحرُم القليل منه)؛ أي: من الخمر؛ **(لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطي)**؛ أي: القليل. **(حكمه)**؛ أي: حكم الكثير، بخلاف المثلث فإن قليله لا يدعو إلى كثيره، فلا يكون القليل سببًا للفساد، فيكون مباحًا، وهذا في الحقيقة جواب عن [٢/٤٣٨/ب] قولهم: إن القليل حرام؛ لأنه سبب للفساد، ولهذا حرم قليل الباذق والمنصف، لأن قليله يدعو إلى كثيره غالبًا للطافته.

قوله: (على ما بيناه)؛ أي: في أول الكتاب من طعن يحيى بن معين.

وعن إبراهيم النخعي قال: وما يرويه الناس عنه[٣] عليه السلام: «**كلُّ**

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) أخرجه العقيلي في الضعفاء (٤/ ١٢٣) وفي سنده محمد بن الفرات، قال ابن معين: ليس بشيء، قال البخاري: منكر الحديث رماه أحمد.

(٣) في النسختين: (منه) ولعل المثبت هو الصواب.

ثُمَّ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْقَدَحِ الأَخِيرِ، إِذْ هُوَ الْمُسْكِرُ حَقِيقَةً، وَالَّذِي يُصَبُّ عَلَيْهِ الْمَاءُ بَعْدَ مَا ذَهَبَ ثُلُثَاهُ بِالطَّبْخِ حَتَّى يَرِقَّ، ثُمَّ يُطْبَخُ طَبْخَةً: ....

مُسكرٍ حرامٌ» خطأ زادوا فيه الميم، والصحيح من الرواية «**كلُّ سُكرٍ حرامٌ**»، وكذا ما يرويه الناس «**مَا أسكرَ كثيرُهُ فقليلُه حرامٌ**»[(١)] لم يثبت عن النبي ﷺ، ولأن الخلاف في ذلك مشهور بين الصحابة، ولم يحتج بهما أحد.

ولأن الأخبار لما تعارضت يتمسك بالقياس، وهو شاهد لنا؛ لأنه تعالى في قوله: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ﴾ [المائدة:٩٠] الآية، بيَّنَ في الجملة تحريم الخمر، وهو الصد عن ذكر الله، وإيراث العداوة والبغضاء، وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل، ولو خلينا ظاهر الآية؛ لقلنا بأن القليل من الخمر لا يحرم أيضًا، لكنا تركناه في قليل الخمر بالإجماع، ولا إجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية.

(**ثم هو**) أي: الحديث إن صح (**محمول على القدح الأخير**) بدليل ما روى ابن عباس أنه ﷺ [قال][(٢)] «**كلُّ مسكرٍ حرامٌ**» فقيل: يا رسول الله إن هذا الشراب إذا أكثرنا منه سكرنا، قال ﷺ «**ليسَ كذلكَ إذا شربَ تسعةً فلمْ يَسكرْ لا بأسَ بِهِ، وإذا شرِبَ العاشرَ فسكِرَ فذلكَ حرامٌ**»[(٣)].

ولهذا قال أبو يوسف: لو شرب تسعة أقداح من النبيذ ولم يسكر فأوجِرَ العاشر وسَكِرَ لا حدّ عليه، ولو أوجِرَ التسعةَ وشرب القدح العاشر بالاختيار وسكر يحد، ذكره في المحيط.

وعن أبي موسى الأشعري قال: بعثني رسول الله ﷺ ومعاذًا إلى اليمن، فقلنا: يا رسول الله إن بها شرابين يصنعان من البر والشعير أحدهما: يقال له المزر، والآخر يقال له البتع، فقال ﷺ: «**اشربا ولا تسكرا**»[(٤)] فدل أن المراد

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) مثبت من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه ابن عدي في الكامل (٧/ ٢٩٧) في ترجمة محمد بن السائب الكلبي وهو متروك الحديث.
(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ٢٢٠ رقم ٦٤٧٢).

....

من قوله: «**كلُّ مسكرٍ حرامٌ**»[١]، وإنما هو في المقدار الذي يُسكِرُ لا على العين الذي يسكر كثيره، والأخبار في الباب كثيرة.

ولهذا قال أبو حنيفة: لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أفتي بحرمته؛ لأن فيه تفسيق بعض الصحابة، ولو أعطيت الدنيا بشربها لا أشربه؛ لأنه لا ضرورة فيه، وهذا غاية تقواه[٢].

وابن حزم صحح قوله ﷺ: «**كلُّ مُسكرٍ حرامٌ**» ورَمَى أحاديثنا لجهالة الراوي، وللإرسال.

وهذا غاية تعصبه وسفاهته؛ لأن الثقات رموا حديثه أيضًا بعدم الصحة كما ذكرنا، فالأولى الجمع كما ذكرنا، أو يحمل ذلك على [الابتداء][٣]؛ ليكون فطامًا عن الخمر، فلما وقع الفطام أباح ذلك، بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: إنا نشرب من هذا النبيذ شرابًا يقطع لحوم الإبل في بطوننا.

قال عمرو بن ميمون: فشربت من نبيذه فكان أشد النبيذ.

وعن عامر قال: أتى رجل سكران إلى عمر فجلده، فقال إنما شربت من نبيذك [فقال][٤] وإن كان، إنما أضربك للسكر.

والأقوال في خبر عمر في هذا الباب كثير فعلم أن ذلك كان في الابتداء.

فإن قيل: القدح الأخير إنما يصير مسكرًا بما تقدمه لا بانفراده بنفسه؛ فينبغي أن يكون الكل حرامًا.

قلنا: الحكم يضاف إلى الجزء الأخير؛ لما ذكر في الأصول أنه عِلّةٌ معنًى وحكمًا، كما أن أكل الميتة حالة المخمصة مباح بقدر الشبع وما زاد حرام، فتكون الحرمة مضافة إلى الجزء الأخير، وكما أن مقدار الدرهم من النجاسة غير

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.
(٢) في الأصل: (تقوله) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

حُكْمُهُ حُكْمُ الْمُثَلَّثِ؛ لِأَنَّ صَبَّ الْمَاءِ لَا يَزِيدُهُ إِلَّا ضَعْفًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صُبَّ الْمَاءُ

مانع والحكم يضاف إلى الجزء الأخير، وكذا المن الأخير في السفينة يضاف إليه الضمان وإن كان الفرق يحصل بالكل، وكالمتخم فإن تناول الطعام بقدر ما يغذيه ويقوي بدنه حلال وما يتخمه وهو الأكل فوق الشبع حرام، فالمحرم ما هو المتخم وما زاد على الشبع وإن كان هذا لا يكون متخمًا إلا باعتبار ما تقدمه فكذا في الشراب، كذا في المبسوط[١]، والذخيرة.

قوله: (حكمه حكم المثلث) لم يذكر اسم هذا الشراب وله أسامٍ خمسة:

البختج: تعريب (بخته)، ذكره في المغرب[٢]، والذخيرة.

والجمهوري: منسوب إلى جمهور الناس أي: جُلِّهم.

والحميدي: منسوب إلى رجل اسمه حميد بن هانئ سُمِّيَ بتصغير الحمد ذكره في المغرب.

وأبو يوسفي، ويعقوبي: كلاهما علم لأبي يوسف، نسب إليه لأنه يستعمله كثيرًا.

في الذخيرة: اختلف المشايخ فيه، قال الفقيه أبو محمد: هو العصير الذي صب [٢/ ٤٣٩/أ] فيه الماء وطبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه، فيكون الذاهب من العصير أقل من الثلثين، فما دام حلوًا يحل شربه، وإذا اشتد وقذف بالزبد لا يحل عند علمائنا جميعا.

وقال بعضهم: البختج هو الحميدي.

وفي الذخيرة: صورته أن يصب الماء على المثلث حتى يرق، ويترك حتى يشتد، فإنه يحل شربه عند أبي حنيفة، وأبي يوسف ما دون السكر.

وهل يشترط لإباحته بعد الصب عندهما أدنى طبخة؟ اختلف المشايخ فيه.

قال الفضلي: يشترط، وقال غيره ممن كان في زمانه: لا يشترط.

ومن الأشربة التي يحل شربها الخردلي، وهو أن يطلي الخابية بالخردل،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ٩).

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٣٥).

عَلَى العَصِيرِ، ثُمَّ يُطْبَخُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَا الكُلِّ؛ لِأَنَّ المَاءَ يَذْهَبُ أَوَّلًا لِلَطَافَتِهِ، أَوْ يَذْهَبُ مِنهُمَا فَلَا يَكُونُ الذَّاهِبُ ثُلُثَيْ مَاءِ العِنَبِ، وَلَوْ طُبِخَ العِنَبُ كَمَا هُوَ، ثُمَّ يُعْصَرُ، يُكْتَفَى بِأَدْنَى طَبْخَةٍ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْهُ: لَا يَحِلُّ مَا لَمْ يَذْهَبْ ثُلُثَاهُ بِالطَّبْخِ، وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لِأَنَّ العَصِيرَ قَائِمٌ فِيهِ مِن غَيْرِ تَغَيُّرٍ فَصَارَ كَمَا بَعْدَ العَصْرِ، وَلَوْ جُمِعَ فِي الطَّبْخِ بَيْنَ العِنَبِ وَالتَّمْرِ أَوْ بَيْنَ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ: لَا يَحِلُّ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ، لِأَنَّ التَّمْرَ إِنْ كَانَ يُكْتَفَى فِيهِ بِأَدْنَى طَبْخَةٍ فَعَصِيرُ العِنَبِ لَا بُدَّ أَنْ يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ، فَيُعْتَبَرُ جَانِبُ العِنَبِ احْتِيَاطًا، وَكَذَا إِذَا جُمِعَ بَيْنَ عَصِيرِ العِنَبِ وَنَقِيعِ التَّمْرِ لِمَا قُلْنَا.

وَلَوْ طُبِخَ نَقِيعُ التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ أَدْنَى طَبْخَةٍ، ثُمَّ أُنْقِعَ فِيهِ تَمْرٌ أَوْ زَبِيبٌ، إِنْ كَانَ مَا أَنْقَعَ فِيهِ شَيْئًا يَسِيرًا لَا يُتَّخَذُ النَّبِيذُ مِن مِثْلِهِ لَا بَأسَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ يُتَّخَذُ النَّبِيذُ مِن مِثْلِهِ لَمْ يَحِلَّ، كَمَا إِذَا صُبَّ فِي المَطْبُوخِ قَدَحٌ مِن النَّقِيعِ، وَالمَعْنَى: تَغْلِيبُ جِهَةِ الحُرْمَةِ، وَلَا حَدَّ فِي شُرْبِهِ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ لِلاحْتِيَاطِ وَهُوَ لِلْحَدِّ فِي دَرْئِهِ.

وَلَوْ طُبِخَ الخَمْرُ أَوْ غَيْرُهُ بَعْدَ الِاشْتِدَادِ، حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ: لَمْ يَحِلَّ؛ لِأَنَّ الحُرْمَةَ قَدْ تَقَرَّرَتْ، فَلَا تَرْتَفِعُ بِالطَّبْخِ.

ويصب فيها العصير، ويمضي على ذلك مدة ولم يشتد ولم يسكر، فإن سكر فحرام، كذا في جامع قاضي خان.

قوله: (في رواية عن أبي حنيفة)، وهو رواية الحسن عنه؛ فقد روي عنه إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إذا غلا واشتد، كما في نقيع الزبيب والتمر. وأنكر المتقدمون من مشايخنا هذه الرواية عنه.

وقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال: سمعت أبا حنيفة [يقول][1] إنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهذا أصح؛ لأن العصير فيه قائم بلا تغيير، وتأثير الطبخ في الفصل بين العصير والثفل، وكما لا يحل الشرب بأدنى طبخة ويشترط ذهاب الثلثين، فكذلك العنب، كذا في الذخيرة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِالِانْتِبَاذِ فِي الدُّبَّاءِ وَالحَنْتَمِ وَالمُزَفَّتِ وَالنَّقِيرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثٍ فِيهِ طُولٌ بَعْدَ ذِكْرِ هَذِهِ الأَوْعِيَةِ: «فَاشْرَبُوا فِي كُلِّ ظَرْفٍ، فَإِنَّ الظَّرْفَ لَا يُحِلُّ شَيْئًا وَلَا يُحَرِّمُهُ وَلَا تَشْرَبُوا المُسْكِرَ» وَقَالَ ذَلِكَ بَعْدَ مَا أَخْبَرَ عَنِ النَّهْيِ عَنْهُ، فَكَانَ نَاسِخًا لَهُ، وَإِنَّمَا يُنْتَبَذُ فِيهِ بَعْدَ تَطْهِيرِهِ، فَإِنْ كَانَ الوِعَاءُ عَتِيقًا يُغْسَلُ ثَلَاثًا فَيَطْهُرُ، ....

قوله: (ولا بأس بالانتباذ...) إلى آخره وهو قول أكثر أهل العلم.

وعن أحمد في رواية: كره الانتباذ فيها؛ لنهيه ﷺ.

وقال مالك: أكره أن ينتبذ في الدباء والمزفت، وأباح الجرر كله غير المزفت، والحنتم، والنقير.

والدباء: هو اليقطين. والحنتم: الجرار الحمر. وقيل: الصفر يحمل فيها الخمر إلى المدينة، الواحدة حنتمة.

والمزفت: الوعاء المطلي بالزفت، وهو القير.

والصحيح من مذهب أحمد كقول العامة؛ لما روي أنه ﷺ قال: «**كنتُ نَهيتُكم عن زيارةِ القبورِ، ألَا فزوروهَا فقدْ أُذِنَ لمُحمّدٍ في زيارةِ قبرِ أمِّهِ، ولا تقولوا هَجرًا، وعن لحمِ الأضاحي أن تمسكوهُ فوقَ ثلاثةِ أيامٍ، فأمسكُوا ما بَدَا لكمْ وتزوَّدُوا، فإنما نهيتُكم ليتَّسِعَ مُوسِرُكم علَى مُعْسِرِكم، وعن النبيذِ في الدُّبَّاءِ والحَنْتَمِ والمُزَفَّتِ، فاشربوا في كلِّ ظرفٍ، فإنَّ الظرفَ لا يحلُّ شيئًا ولا يحرِّمُهُ، ولا تشربُوا مُسكرًا**»[(١)]؛ ففي الحديث دليل جواز نسخ السنة بالسنة.

قوله: (**وإنما ينتبذ فيه**)؛ أي: في وعاء الخمر (**بعد تطهيره، فإن كان الوعاء عتيقًا يغسل ثلاثا فيطهر**)، كما [لو][(٢)] تنجس الظرف بالدم والبول، فإنه يطهر

---

(١) جمع الشارح بين عدة روايات في هذا الحديث فقد أخرج أوله الترمذي (٢/ ٣٦١ رقم ١٠٥٤) من حديث بريدة وقال: حسن صحيح. وأخرجه بنحوه مطوّلًا أحمد (٣/ ٢٣٧ رقم ١٣٥١٢) من حديث أنس ﷺ مرفوعا، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ٦٥ رقم ٨١٥٧): رواه أحمد، وأبو يعلى، والبزار باختصار وفيه يحيى بن عبد الله الجابر وقد ضعَّفه الجمهور وقال أحمد: لا بأس به وبقية رجاله ثقات.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَإِنْ كَانَ جَدِيدًا لَا يَطْهُرُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِتَشَرُّبِ الخَمْرِ فِيهِ، بِخِلَافِ العَتِيقِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، يُغْسَلُ ثَلَاثًا وَيُجَفَّفُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ(*)، وَهِيَ مَسْأَلَةُ مَا لَا يَنْعَصِرُ بِالعَصْرِ، وَقِيلَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: يُمْلَأُ مَاءً مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، حَتَّى إِذَا خَرَجَ المَاءُ صَافِيًا غَيْرَ مُتَغَيِّرٍ يُحْكَمُ بِطَهَارَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا تَخَلَّلَتِ الخَمْرُ حَلَّتْ، سَوَاءٌ صَارَتْ خَلًّا بِنَفْسِهَا، أَوْ بِشَيْءٍ يُطْرَحُ فِيهَا، وَلَا يُكْرَهُ تَخْلِيلُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُكْرَهُ التَّخْلِيلُ، وَلَا يَحِلُّ الخَلُّ الحَاصِلُ بِهِ: إِنْ كَانَ التَّخْلِيلُ بِإِلْقَاءِ شَيْءٍ فِيهِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِلْقَاءِ شَيْءٍ فِيهِ: فَلَهُ

بالغسل ثلاثا، (وإن كان جديدًا لا يطهر عند محمد) وقد مر في الطهارات فيما لا ينعصر بالعصر.

قوله: (قولًا واحدًا) وبه قال مالك وأحمد (وإن كان بغير إلقاء شيء) [بأن][1] ينقل من الظل إلى الشمس، أو بإيقاد النار بالقرب منه فله قولان: في قول: يحل كقولنا.

وفي قول: لا يحل، وبه قال مالك، وأحمد، أما إذا صار خمرًا بطول المدة بدون علاج يحل بلا خلاف.

لهم ما روى أنس قال: سُئِلَ النبي ﷺ أَيَتَّخذ الخمر خلًّا؟ قال: «لا» رواه الترمذي[2].

وروى مسلم[3]. عن أبي طلحة أنه سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا، فقال: «أَهْرِقْها» قال: أفلا أُخَلِّلْهَا؟ قال: «لا» رواه أبو داود[4].

وعن عمر أنه قال على المنبر: [لا][5] تحل خمر أفسدت حتى يكون الله تعالى تولى إفسادها، ولم ينكر عليه أحد.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه الترمذي (٢/ ٥٨٠ رقم ١٢٩٤) وقال: حسن صحيح.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٥٧٣ رقم ١٩٨٣) من حديث أنس رضي الله عنه.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦ رقم ٣٦٧٥) والترمذي (٢/ ٥٧٩ رقم ١٢٩٣) من حديث أبي طلحة رضي الله عنه.

(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فِي الخَلِّ الحَاصِلِ بِهِ قَوْلَانِ: لَهُ: أَنَّ فِي التَّخْلِيلِ اقْتِرَابًا مِن الخَمْرِ عَلَى وَجْهِ التَّمَوُّلِ، وَالأَمْرُ بِالِاجْتِنَابِ يُنَافِيه، وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «نِعْمَ الإِدَامُ الخَلُّ» مِن غَيْرِ فَصْلٍ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «خَيْرُ خَلِّكُمْ خَلُّ خَمْرِكُمْ» وَلِأَنَّ بِالتَّخْلِيلِ يَزُولُ الوَصْفُ المُفْسِدُ، وَتَثْبُتُ صِفَةُ الصَّلَاحِ مِن حَيْثُ تَسْكِينُ الصَّفْرَاءِ وَكَسْرُ الشَّهْوَةِ، وَالتَّغَذِّي بِهِ وَالإِصْلَاحُ مُبَاحٌ، وَكَذَا الصَّالِحُ لِلْمَصَالِحِ، اعْتِبَارًا

ولأن الاجتناب عنها واجب بالنص، وفي التخليل اقتراب منها على وجه التمول، وهو ضد المأمور، وهو الاقتراب للإراقة؛ لأن ذلك مبالغة في الاجتناب عنها معنىً؛ وإذا كان التخليل حرامًا، فلا يكون مؤثرًا في الخل كذبح الشاة في غير مذبحها، بخلاف ما إذا تخللت بنفسها بمضي الزمان لتبدلها شيئًا آخر بطبعها كما يصير الشاب شيخًا.

أما بالتخليل لا تنقلب العين؛ لأنه ليس إلى العباد تغليب العين بالتكليف، كما أن الشيخ لا يصير شابًّا والشابُّ شيخًا بالتكلف.

ولنا قوله ﷺ: «**أيُّما إهابٍ دُبِغَ فقدْ طَهُرَ كالخمرِ تُخَلَّلُ فتَحِلُّ**»(١) وفي رواية «**كَالخَمرِ يتخَلَّلُ فيَحِلُّ**» والروايتان كالخبرين فيعمل بهما.

وقوله ﷺ: «**نِعمَ الإدامُ...**»(٢) ولم يُفَصِّل، وقوله ﷺ: «**خيرُ خَلِّكُم خَمرِكُم**»(٣).

وقد روي عن علي، وابن عمر، وعائشة، وأبي الدرداء، والحسن، وسعيد ابن جبير أنهم اصطبغوا بخل الخمر، وليس في أخبارهم أنها انقلبت بنفسها، [٢/٤٣٩/ب] ولأن التخليل إصلاح لجوهر فاسد فكان حلالًا كدبغ الجلد.

(والإصلاح مباح) أي: بالإجماع كالدباغ (وكذا الصالح للمصالح) مباح كما لو تخلل.

---

(١) ذكره السرخسي في المبسوط (٢٤/ ٢٣) وأخرج جزؤه الأول مسلم (١/ ٢٧٧ رقم ٣٦٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنه مرفوعا.
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) تقدم تخريجه قريبا.

بِالْمُتَخَلِّلِ بِنَفْسِهِ وَبِالدِّبَاغِ، وَالِاقْتِرَابُ لِإِعْدَامِ الفَسَادِ فَأَشْبَهَ الإِرَاقَةَ، وَالتَّخْلِيلُ أَوْلَى، لِمَا فِيهِ مِن إِحْرَازِ مَالٍ يَصِيرُ حَلَالًا فِي الثَّانِي فَيَخْتَارُهُ مَن ابْتُلِيَ بِهِ، وَإِذَا صَارَ الخَمْرُ

وقوله: **(والاقتراب)** جواب عن قولهم: إن الاقتراب حرام.

فإن قيل: هي نجس العين يحرم التصرف فيها قياسًا على الميتة، والبول، والدم.

قلنا: ليس كذلك، فذاتها ذات العصير وهو طاهر قبل التخمر، والنجاسة باعتبار الشدة، وما هي بعينها بل هي وصفها، وهي تقبل الزوال كالصِّبا في [الصبي](١) ولهذا لو تخللت بنفسها تحل.

وأما قوله ﷺ: «**لا تتخذُوا الخمرَ خلًّا**»(٢) أي: لا تستعملوا استعمال الخلِّ بأن يؤتدم بها، وتوضع على المائدة كما يوضع الخل، وهو نظير ما روي عنه ﷺ أنه نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال، وأن يتخذوا الدواب كراسي، المراد الاستعمال.

ولما نزل قوله تعالى: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَٰنَهُمْ أَرْبَابًا مِّن دُونِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٣١] قال عَدِيُّ بن حاتم: ما عبدناهم قط، فقال ﷺ: «**أليسَ كانُوا يأمرونَ وينهونَ وتُطيعوهُمْ**» قال: نعم، قال: «**هو ذاك**»(٣) فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال.

وأما قولهم: التخليل تصرف فيها على قصد التمول، قلنا: بل ما هو على قصد التمول للخمر، بل هو إتلاف صفة الخمرية، فكان كالاقتراب للإراقة.

وأما قولهم: ليس إلى العباد تقليب العين.

قلنا: فمسلّم، ولكن إليهم إحداث المجاورة بين الخل والخمر حتى تزول صفة الخمرية إلى طبع الخل في أسرع الأوقات، فكان هذا أقرب إلى الجواز

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

(٣) أخرجه الترمذي (رقم ٣٠٩٥) من حديث عَدِيٍّ بن حاتم ﷺ. وقال: هذا حديث غريب، لا نعرفه إلا من حديث عبد السلام بن حرب، وغُطَيفُ بن أَعيَنَ ليس بمعروف في الحديث.
قال ابن حجر في تخريج أحاديث الكشاف (٢/ ٦٦): قال الترمذي: حسن غريب. وقد صححه الشيخ الألباني في الصحيحة (٧/ ٨٦٢ رقم ٣٢٩٣) بعد بحث طويل متين.

خَلًّا يَطْهُرُ مَا يُوَازِيهَا مِن الإِنَاءِ، فَأَمَّا أَعْلَاهُ وَهُوَ الَّذِي نَقَصَ مِنْهُ الخَمْرُ قِيلَ يَطْهُرُ تَبَعًا، وَقِيلَ: لَا يَطْهُرُ؛ لِأَنَّهُ خَمْرٌ يَابِسٌ إِلَّا إِذَا غُسِلَ بِالخَلِّ فَيَتَخَلَّلُ مِن سَاعَتِهِ فَيَطْهُرُ، وَكَذَا إِذَا صُبَّ فِيهِ الخَمْرُ ثُمَّ مُلِئَ خَلًّا يَطْهُرُ فِي الحَالِ عَلَى مَا قَالُوا.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ شُرْبُ دُرْدِيِّ الخَمْرِ وَالِامْتِشَاطُ بِهِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ أَجْزَاءَ الخَمْرِ،

من الإمساك، فإذا جاز الإمساك إلى أن تتخلل فالتخليل أولى بالجواز، إليه أشار في المبسوط(١).

وأما حديث أبي طلحة فمحمول على أنه كان في التحريم حين كان عليه الصلاة والسلام يبالغ في أمر الخمر زجرًا لهم وقلعًا عن العادة، وخمور الأيتام كانت جائزة الإراقة؛ لأنها ليست بأموال متقومة في حق المسلمين، ولولي اليتيم أن يحفظ عليه ما كان مالًا لا ما ليس بمال، مع أن فيها [مفسدة لكنها خاصة](٢)، ويجوز ارتكابها لمصلحة، كجواز الرمي إلى الكفار إذا تترسوا بصبيان المسلمين.

قوله: (نقص منه)؛ أي انتقص من النقصان.

قوله: (**وقيل: يطهر تبعًا**) من غير إدارة الخل، وبه أخذ الهندواني، وأبو الليث والصدر الشهيد.

(**وقيل: لا يطهر**) لأن ما بداخله (خمر يابس) فيكون نجسًا فلا يطهر حتى يغسل أعلاه بالخل؛ فما دخل من أجزاء الخمر يصير خلًّا، فإن لم يفعل ذلك وملأه من العصير نجس العصير ولا يحل شربه؛ لأنه عصير خالطه خمر؛ فالحيلة أن يدار فيه الخل حتى يصيب جميع الظرف، فإذا فعل ذلك فقد طهر وإن لم يتشرب فيه الخل، كذا في الذخيرة.

قوله: (**الامتشاط به**) أي: بالدردي فإن بعض النساء يفعل ذلك، وقد صح عن عائشة أنها كانت تنهى النساء عن ذلك أشد النهي.

الدردي: ما يبقى أسفل كل شيء، يقال: دردي الزيت وغيره ما في أسفله كذا في الصحاح.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ٢٢).
(٢) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (١/ ٧٨).

وَالِانْتِفَاعُ بِالْمُحَرَّمِ حَرَامٌ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُدَاوِيَ بِهِ جُرْحًا، أَوْ دَبْرَةَ دَابَّةٍ، وَلَا أَنْ يَسْقِيَ ذِمِّيًّا، وَلَا أَنْ يَسْقِيَ صَبِيًّا لِلتَّدَاوِي، وَالْوَبَالُ عَلَى مَنْ سَقَاهُ، وَكَذَا لَا يَسْقِيهَا الدَّوَابَّ، وَقِيلَ: لَا تُحْمَلُ الْخَمْرُ إِلَيْهَا، أَمَّا إِذَا قِيدَتْ إِلَى الْخَمْرِ، فَلَا: بَأْسَ بِهِ كَمَا فِي الْكَلْبِ وَالْمَيْتَةِ، وَلَوْ أُلْقِيَ الدُّرْدِيُّ فِي الْخَلِّ: لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ خَلًّا، لَكِنْ يُبَاحُ حَمْلُ الْخَلِّ إِلَيْهِ لَا عَكْسُهُ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَلَا يُحَدُّ شَارِبُهُ) أَيْ شَارِبُ الدُّرْدِيِّ (إِنْ لَمْ يَسْكَرْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُحَدُّ؛ لِأَنَّهُ شَرِبَ جُزْءًا مِنَ الْخَمْرِ، وَلَنَا: أَنَّ قَلِيلَهُ لَا يَدْعُو إِلَى كَثِيرِهِ لِمَا فِي الطِّبَاعِ مِنَ النَّبْوَةِ عَنْهُ، فَكَانَ نَاقِصًا، فَأَشْبَهَ غَيْرَ الْخَمْرِ مِنَ الْأَشْرِبَةِ، وَلَا حَدَّ فِيهَا إِلَّا بِالسُّكْرِ، وَلِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَيْهِ الثُّفْلُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا غَلَبَ عَلَيْهِ الْمَاءُ بِالِامْتِزَاجِ (وَيُكْرَهُ الِاحْتِقَانُ بِالْخَمْرِ وَإِقْطَارُهَا فِي الْإِحْلِيلِ)؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِالْمُحَرَّمِ، ....

ودبرة الدابة: قرحتها أو جرحها.

(والوبال على من سقاه) أي: الصبي؛ لأنه غير مخاطب، (لا تحمل)؛ أي: الدواب؛ إذ في السقي والحمل اقتراب إلى الخمر على قصد التمول.

(كما في الكلب والميتة)؛ أي: لا تحمل الميتة إلى الكلب، ولو نقل الميتة إلى الكلب لا بأس به، وكذا الفأرة لا تحمل إلى الهرة، ولكن الهرة تحمل إلى الفأرة؛ كيلا تصير حاملًا للنجاسة بلا ضرورة.

وفي الذخيرة: ويكره أن يبل الطين بالخمر.

(قوله: وقال الشافعي: يحد) وبه قال مالك، وأحمد، وأكثر أهل العلم؛ لأنه شرب جزءًا من الخمر؛ إذ الدردي لا يخلو عنه، وفي الخمر يجب الحد في القليل والكثير.

قلنا: وجوب الحد للزجر، وشرع الزاجر فيما يميل إليه الطبع، والطباع لا تميل إلى شرب الدردي؛ بل من يعتاد شرب الخمر يعاف الدردي، وقليله لا يدعو إلى كثيره.

قوله: (لأنه)؛ أي: الاحتقان والإقطار انتفاع بالمحرم، وهو حرام، وبه قال مالك، والشافعي في قول، وأحمد.

وَلَا يَجِبُ الحَدُّ لِعَدَمِ الشُّرْبِ وَهُوَ السَّبَبُ، وَلَوْ جُعِلَ الخَمْرُ فِي مَرَقَةٍ لَا تُؤْكَلُ لِتَنَجُّسِهَا بِهَا، وَلَا حَدَّ مَا لَمْ يَسْكَرْ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ أَصَابَهُ الطَّبْخُ، (وَيُكْرَهُ أَكْلُ خُبْزٍ عُجِنَ عَجِينُهُ بِالخَمْرِ) لِقِيَامِ أَجْزَاءِ الخَمْرِ فِيهِ.

وقال الشافعي في قول: يجوز إذا أخبره عدلان أن شفاءه في ذلك.

(**ولا يجب الحد**)؛ أي: بالاحتقان والإقطار، وبه قال الشافعي، وأحمد، ومالك؛ لأن الحد يجب بالشرب بالحديث وعدم الشرب، ولشبهة اختلاف العلماء في إباحته هاهنا.

وحكي [٢/ ٤٤٠/أ] عن أحمد في رواية أنه يجب الحد بالاحتقان؛ لأنه أوصله إلى جوفه.

قال ابن قدامة: والأصح أنه لا يجب الحد؛ لعدم الشرب.

قوله: (**ولا حد ما لم يسكر منه**)؛ لأنه مطبوخ، ولأن الغالب عليها غير الخمر، والمغير هو الغالب في حكم الحل. وقال أحمد: يُحدُّ لأن عين الخمر موجود فيها.

قوله: (**خبز عُجِن عجينه بالخمر**)؛ لأن العجين يتنجس بالخمر، والعجين لا يطهر بالخبز، فلا يحل أكله، لكن لا يحد؛ لأن أجزاء الخمر أكلتها النار، ولم يبق إلا أثره.

أما اللحم إذا طبخ بالخمر فعند محمد: لا يطهر أبدا. وعند أبي يوسف: يغلى بالماء الطاهر ثلاث مرات، ويبرّد في كل مرة فيطهر.

ولا يحل لبن الميتة وأنفحتها طاهر عند أبي حنيفة مائعة كانت أو جامدة.

وقالت الأئمة الثلاثة: نجس جامدة أو مائعة. وقال أبو يوسف، ومحمد: إن كانت جامدة فهي طاهرة وتؤكل إذا غسلت، وإن كانت مائعة فهي نجسة؛ لأنها في وعاء نجس لتنجسه بالموت، كما لو وقع المائع في وعاء نجس بعد الخروج، وإن كانت جامدة يتنجس ظاهره فيطهر بالغسل.

وعندهم: من أجزاء الميتة، وله أنها وعاء ليس ينجس؛ لأنه عصب، وعصب الميتة طاهر، والبيضة التي تخرج من دجاجة ميتة إن كانت جامدة فطاهرة عندنا، وإن كانت مائعة فهي على الاختلاف، وهي كالأنفحة.

فَصْلٌ فِي طَبْخِ العَصِيرِ

وَالأَصْلُ: أَنَّ مَا ذَهَبَ بِغَلَيَانِهِ بِالنَّارِ وَقَذْفِهِ بِالزَّبَدِ: يُجْعَلُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ، وَيُعْتَبَرُ ذَهَابُ ثُلُثَيْ مَا بَقِيَ لِيَحِلَّ الثُّلُثُ البَاقِي، بَيَانُهُ: عَشَرَةُ دَوَارِقَ مِن عَصِيرٍ طُبِخَ فَذَهَبَ دَوْرَقٌ بِالزَّبَدِ يُطْبَخُ البَاقِي حَتَّى يَذْهَبَ سِتَّةُ دَوَارِقَ وَيَبْقَى الثُّلُثُ فَيَحِلُّ؛ لِأَنَّ الَّذِي يَذْهَبُ زَبَدًا هُوَ العَصِيرُ أَوْ مَا يُمَازِجُهُ، وَأَيًّا مَا كَانَ جُعِلَ كَأَنَّ العَصِيرَ تِسْعَةُ دَوَارِقَ، فَيَكُونُ ثُلُثُهَا ثَلَاثَةً. وَأَصْلٌ آخَرُ: أَنَّ العَصِيرَ إِذَا صُبَّ عَلَيْهِ مَاءٌ قَبْلَ الطَّبْخِ ثُمَّ طُبِخَ بِمَائِهِ، إِنْ كَانَ المَاءُ أَسْرَعَ ذَهَابًا لِرِقَّتِهِ وَلَطَافَتِهِ، يُطْبَخُ البَاقِي بَعْدَ مَا ذَهَبَ مِقْدَارُ مَا صُبَّ فِيهِ مِن المَاءِ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ؛ لِأَنَّ الذَّاهِبَ الأَوَّلَ هُوَ المَاءُ وَالثَّانِي العَصِيرُ، فَلَا بُدَّ مِن ذَهَابِ ثُلُثَيْ العَصِيرِ، وَإِنْ كَانَا يَذْهَبَانِ مَعًا تُغْلَى الجُمْلَةُ حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَاهُ

فَصْلٌ فِي طَبْخِ العَصِيرِ

لما كان طبخ العصير من أسباب ما يمنعه عن التخمير ألحقه بالأشربة؛ تعليمًا لإبقاء ما هو حلال على حله.

قوله: **(يجعل كأن لم يكن)** يعني ما ذهب من القدر من غاية الغليان[١] وقذفه بالزبد لا يعتبر.

الدورق: مكيال للشراب، وهي أعجمي معرب عن العوزي قيل تسعة عشرًا مَنًّا. قوله: **(أو ما يمازجه)** من التراب، والتفل، والدردي؛ فعلم أن ما أخذه من الزبد انتقص من أصل العصير فسقط اعتباره. قوله: **(وإن كانا يذهبان معًا تغلى الجملة)**، كأن محمدًا يحكم أن العصير على نوعين: منه ما لو صب فيه الماء وطبخ حتى يذهب الماء أولًا، ومنه ما لو صب الماء يذهبان معًا، ففصَّل الجواب.

ففي الأول: وهو الذي يذهب الماء أولًا، بطبخ حتى تبقى تسع الجملة، ووجه معرفة هذا؛ أن يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم؛ لأنك تحتاج إلى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة، لحاجتك إلى الثلث والثلثين، فيكون الماء ستة، والعصير ثلاثة، والكل تسعة أسهم، فإذا ذهب الماء أولًا فقد ذهب ستة من تسعة.

وما ذهب يجعل كأن لم يكن؛ لأنه ما بقي العصير لا غير، وهو ثلاثة

---

(١) في الأصل: (الثلثان) والمثبت من النسخة الثانية.

وَيَبْقَى ثُلُثُهُ فَيَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ الثُّلُثَانِ مَاءً وَعَصِيرًا، وَالثُّلُثُ البَاقِي مَاءٌ وَعَصِيرٌ، فَصَارَ كَمَا إِذَا صُبَّ المَاءُ فِيهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ مِن العَصِيرِ بِالغَلْيِ ثُلُثَاهُ. بَيَانُهُ عَشَرَةُ دَوَارِقَ مِن عَصِيرٍ، وَعِشْرُونَ دَوْرَقًا مِن مَاءٍ، فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ: يُطْبَخُ حَتَّى يَبْقَى تُسْعُ الجُمْلَةِ؛ لِأَنَّهُ ثُلُثُ العَصِيرِ؛ وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي: حَتَّى يَذْهَبَ ثُلُثَا الجُمْلَةِ لِمَا قُلْنَا، وَالغَلْيُ بِدَفْعَةٍ أَوْ دَفَعَاتٍ سَوَاءٌ إِذَا حَصَلَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُحَرَّمًا، وَلَوْ قُطِعَ عَنْهُ النَّارُ فَغَلَى حَتَّى ذَهَبَ الثُّلُثَانِ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ أَثَرُ النَّارِ. وَأَصْلٌ آخَرُ: أَنَّ العَصِيرَ إِذَا طُبِخَ، فَذَهَبَ بَعْضُهُ ثُمَّ أُهْرِيقَ بَعْضُهُ، ثُمَّ تُطْبَخُ البَقِيَّةُ حَتَّى يَذْهَبَ الثُّلُثَانِ، فَالسَّبِيلُ فِيهِ أَنْ تَأْخُذَ ثُلُثَ الجَمِيعِ، فَتَضْرِبَهُ فِي البَاقِي بَعْدَ المُنْصَبِّ، ثُمَّ تَقْسِمَهُ عَلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَهَابِ مَا ذَهَبَ بِالطَّبْخِ

أسهم، فيطبخ حتى يذهب ثلثاه، فقد مرة[١] ستة ومرة اثنان، فقد ذهب ثمانية وبقي واحد، وهو تسع الكل.

قوله: (وفي الوجه الثاني)، وهو الذي يذهب الماء والعصير معًا يجب أن يطبخ حتى يذهب ثلثاه عشرون وبقي عشرة ثلثه، فمتى بقي عشرة كان ثلثاه ماء وثلثه عصيرًا، وكان الباقي ثلث العصير وثلث الماء، فهذا ما لو صب الماء في العصير بعدما طبخه على الثلث والثلثين سواء، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (قبل أن يصير محرمًا)؛ أي: قبل غليانه واشتداده؛ لأن الطبخ الثاني وجد في حالة حلاوته، أما بعد اشتداده وغليانه وصيرورته محرمًا لا يحل؛ لأن الطبخ في المرة الثانية لاقى عينًا محرمًا.

قوله: (ولو قطع عنه النار)، وصورته إذا طبخ العصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه مثلًا وبقي خمساه، ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى نقص عنه تمام الثلثين وبقي الثلث؛ لأن ما ذهب بعد قطع النار ذهب بحرارتها، فصار كما لو شمس العصير وذهب ثلثاه بحرارة الشمس فيصير مثلثًا؛ لأن المقصود ذهاب الثلثين، وصار كما لو صار مثلثًا والنار تحته، بخلاف ما لو برد وصار مشتدًّا محرمًا، ثم طبخ حتى ذهب ثلثاه، لما قلنا إن النار لاقى محرمًا، الكل من المبسوط[٢]، والذخيرة.

قوله: (فتضربه في الباقي بعد المنصب...) إلى آخره، وذلك أن الرطل

---

(١) كذا في الأصل، وفي البناية (فقد ذهب مرة).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ٢٠).

قَبْلَ أَنْ يَنْصَبَّ مِنْهُ شَيْءٌ، فَمَا يَخْرُجُ بِالقِسْمَةِ فَهُوَ حَلَالٌ، بَيَانُهُ: عَشَرَةُ أَرْطَالِ عَصِيرٍ طُبِخَ حَتَّى ذَهَبَ رِطْلٌ، ثُمَّ أُهْرِيقَ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْطَالٍ، تَأْخُذُ ثُلُثَ العَصِيرِ كُلَّهُ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ وَثُلُثٌ، وَتَضْرِبُهُ فِيمَا بَقِيَ بَعْدَ المُنْصَبِّ هُوَ سِتَّةٌ، فَيَكُونُ عِشْرِينَ، ثُمَّ تَقْسِمُ العِشْرِينَ عَلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ مَا ذَهَبَ بِالطَّبْخِ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَنْصَبَّ مِنْهُ شَيْءٌ وَذَلِكَ تِسْعَةٌ، فَيَخْرُجُ لِكُلِّ جُزْءٍ مِن ذَلِكَ اثْنَانِ وَتُسْعَانِ، فَعَرَفْت أَنَّ الحَلَالَ فِيمَا بَقِيَ مِنْهُ رِطْلَانِ وَتُسْعَانِ، وَعَلَى هَذَا تُخَرَّجُ المَسَائِلُ وَلَهَا طَرِيقٌ آخَرُ، وَفِيمَا اكْتَفَيْنَا بِهِ كِفَايَةٌ وَهِدَايَةٌ إِلَى تَخْرِيجِ غَيْرِهَا مِن المَسَائِلِ.

الذاهب في الغليان في المعنى داخل فيما بقي، وكان الباقي قبل أن ينصب منه شيء تسعة أرطال؛ فعرف أن كل رطل في ذلك في معنى رطل وتسع رطل؛ لأن الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أتساعًا، فإذا انصب منه ثلاثة أرطال [٢/ ٤٤٠/ب]؛ فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل، فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أتساع رطل، فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل، كذا في المبسوط[١].

ووجه آخر أن ما ذهب بالطبخ ذهب من الحرام؛ لأنه إنما يطبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله؛ فثلثا عشرة أرطال حرام، وهو ستة أرطال وثلثا رطل، وثلثه حلال، وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل، والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام، والباقي تسعة أرطال، والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل، والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل.

فإذا أريق ثلثه فهذا من الحلال والحرام جميعًا؛ لأنه لا تعلق للذاهب عينًا بالحلال أو بالحرام، وكان الذاهب منهما على السواء، فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل، فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل، ولو رُمْتَ زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك إلى حساب له ثلث، ولثلثه ثلث وهو تسعة، فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما، وقد أريق ثلاثة وهو عشرة، فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل، وهذا معنى قول الشيخ ولهذا طريق آخر، وفيما اكتفينا كفاية. والله أعلم.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٤/ ٣٧).

كِتَابُ الصَّيْدِ

الصَّيْدُ الِاصْطِيَادُ، وَيُطْلَقُ عَلَى مَا يُصَادُ، وَالفِعْلُ مُبَاحٌ لِغَيْرِ المُحْرِمِ فِي غَيْرِ الحَرَمِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ الطَّائِيِّ ﷺ «إِذَا أَرْسَلْت كَلْبَك المُعَلَّمَ وَذَكَرْت اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ فَلَا تَأْكُلْ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ شَارَكَ كَلْبَكَ كَلْبٌ آخَرُ فَلَا تَأْكُلْ، فَإِنَّك إِنَّمَا سَمَّيْت عَلَى كَلْبِك، وَلَمْ تُسَمِّ عَلَى كَلْبِ غَيْرِك» وَعَلَى إِبَاحَتِهِ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ، وَلِأَنَّهُ

كِتَابُ الصَّيْدِ

قيل: أورد الصيد بعد الأشربة؛ لأن كلا منهما قد يصير من أسباب التلهي، إلا أن التلهي بالأشربة حرام، وبالصيد مكروه، فقدم الحرام؛ لقوته على المكروه، أو لأن كلا منهما يورث الطرب والسرور، والسرور بالشرب يحصل بأمر داخل، وفي الصيد بأمر خارج، فكان السرور الأول أكثر لصوقًا بالآدمي من الخارجي فقدمه.

ثم الصيد من المكاسب فكانت المحاسن المذكورة في البيع وغيره من المعاملات كائنة فيه.

الصيد لغة: مصدر بمعنى الاصطياد، وقد يسمى المصيد صيدًا تسمية بالمصدر، والاصطياد مباح في غير الحرم لغير المحرم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة:٢]، والأمر للإباحة، وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ [المائدة:٩٦]، وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة:٤].

والحديث مذكور في المتن والإجماع أيضًا.

وقوله: (لأنه...) إلى آخره دليل معقول.

نَوْعُ اكْتِسَابٍ وَانْتِفَاعٍ بِمَا هُوَ مَخْلُوقٌ لِذَلِكَ، وَفِيهِ اسْتِبْقَاءُ الْمُكَلَّفِ وَتَمْكِينُهُ مِن إِقَامَةِ التَّكَالِيفِ، فَكَانَ مُبَاحًا بِمَنْزِلَةِ الِاحْتِطَابِ، ثُمَّ جُمْلَةُ مَا يَحْوِيهِ الْكِتَابُ فَصْلَانِ: أَحَدُهُمَا فِي الصَّيْدِ بِالْجَوَارِحِ، وَالثَّانِي فِي الِاصْطِيَادِ بِالرَّمْيِ.

فَصْلٌ فِي الْجَوَارِحِ

قَالَ: (وَيَجُوزُ الِاصْطِيَادُ بِالْكَلْبِ الْمُعَلَّمِ وَالْفَهْدِ وَالْبَازِي وَسَائِرِ الْجَوَارِحِ الْمُعَلَّمَةِ، وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ شَيْءٍ عَلَّمْتَهُ مِن ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ، فَلَا بَأسَ بِصَيْدِهِ، ....

قوله: (وتمكينه من إقامة) إذ ربما يكون في مفازة، أو لا يجد ثمن اللحم عنده، فلو لم يبح الاصطياد فمات جوعًا؛ فينبغي أن يكون الاصطياد واجبًا لما ذكر أن فيه التمكن من إقامة التكاليف، والتكليف[1] واجب لكونه غير متعين لإقامتها، فكان مباحًا، ولهذا قالوا: يباح إذا كان مقصوده إقامة التكليف، وإن كان مقصوده التلهي يكره.

فَصْلُ الْجَوَارِحِ

قدم الجوارح على الرمي؛ لما أن آلة الصيد حيوان، وفي الرمي جماد، وللحيوان فضل على الجماد، مع أن الحيوان هاهنا متصفة بالعلم؛ فكان أفضل من الرمي الذي لا صلاحية له في التعلم.

قوله: (لا بأس) وإنما قال بلفظ: لا بأس؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة:٤] عام مخصوص، فإنه خص منه الخنزير، والأسد، والذئب، وكان خاصًّا.

وعند البعض: لا يبقى حجة أصلًا كما ذكر في الأصول، فلهذا قال بلفظ: لا بأس.

وفي الإيضاح: ولا يجوز الاصطياد بهذه الثلاثة، وإن كان عموم قوله: **(وسائر الجوارح المعلمة)** يتناولها؛ لأن التعلم منها لا يتصور، فإنا نستدل على

---

(١) في الأصل (التكاليف)، والمثبت من النسخة الثالثة.

وَلَا خَيْرَ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ تُدْرِكَ ذَكَاتَهُ) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] وَالجَوَارِحُ: الكَوَاسِبُ، قَالَ فِي تَأْوِيلِ المُكَلِّبِينَ: المُسَلِّطِينَ، فَيَتَنَاوَلُ الكُلَّ بِعُمُومِهِ، دَلَّ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَا مِن حَدِيثِ عَدِيٍّ رضي الله عنه وَاسْمُ الكَلْبِ فِي اللُّغَةِ: يَقَعُ عَلَى كُلِّ سَبُعٍ حَتَّى الأَسَدِ، ....

التعليم بترك الأكل. ومن عادة الأسد والذئب أن يمسكا صيدهما؛ فلا يأكلانه في الحال حتى لو تصور العلم منهما جاز، وأما الخنزير فإنه نجس العين، فكان الانتفاع به محرمًا، ثم لا خلاف بين أكثر أهل العلم، أن ما يقبل التعليم من سباع البهائم كالفهد وغيره، أو جوارح الطير يجوز الصيد به إذا صار معلَّمًا.

وحكي عن ابن عمر ومجاهد أنه لا يجوز الصيد إلا بالكلب لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة:٤]، يعني كلّبتم من الكلاب.

ولنا؛ المراد من الجوارح الكواسب، قال تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ [الأنعام:٦٠] أي: كسبتم، ويقال جارحة أهله أي: كاسبهم، و﴿مُكَلِّبِينَ﴾ من التكليب، وهو الإغراء.

وسأل عَدِيٌّ رسولَ الله ﷺ عن صيد البَازِيِّ [٢/ ٤٤١/أ] فقال ﷺ: «**إذا أَمْسَكَ عليك فَكُل**»[١].

وعن أحمد، والحسن البصري، والنخعي، وقتادة، وإسحاق، وأصحاب الظاهر: لا يؤكل ما صِيد بالكلب الأسود إذا كان بهيمًا، والبهيم الذي لا يخالط به لون سواه؛ لأنه ﷺ قال: «**هو شيطانٌ**»[٢]، وأمر بقتله، وما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه، فلم يبح صيده كغير المعلم.

ولنا؛ عموم الآية، والخبر، والقياس على غيره من الكلاب، ثم حِلُّ[٣] التناول مختص بشرائط:

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ١١٨ رقم ١٤٦٧) من حديث عَدِيٍّ بن حاتم رضي الله عنه وقال: هذا حديث، لا نعرفه إلا من حديث مُجَالِد، عن الشعبي والعمل على هذا عند أهل العلم، لا يرَون بصيد البزاة والصقور بأسًا.

(٢) أخرجه مسلم (١/ ٣٦٥ رقم ٥١٠) من حديث أبي ذر رضي الله عنه.

(٣) في الأصل (هل)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ اسْتُثْنِيَ مِن ذَلِكَ الأَسَدُ وَالدُّبُّ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَعْمَلَانِ لِغَيْرِهِمَا، الأَسَدُ لِعُلُوِّ هِمَّتِهِ، وَالدُّبُّ لِخَسَاسَتِهِ، وَأَلْحَقَ بِهِمَا بَعْضُهُمْ الحِدَأَةَ لِخَسَاسَتِهَا، وَالخِنْزِيرُ مُسْتَثْنًى؛ لِأَنَّهُ نَجِسُ العَيْنِ، فَلَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِن التَّعْلِيمِ؛ لِأَنَّ مَا تَلونَا مِن النَّصِّ يَنْطِقُ بِاشْتِرَاطِ التَّعْلِيمِ، وَالحَدِيثِ بِهِ وَبِالإِرْسَالِ، ....

منها: أن يكون الصائد من أهل الذكاة، كالمسلم، والكتابي، وأن يعقل الذبح والتسمية، حتى لا يؤكل صيد الصبي والمجنون إذا لم يعقلا بالذبح، وأن يكون ما يصطاد به معلَّمًا، وأن يجرح.

وفي معنى الجوارح قولان: أن يكون جارحًا بنابه أو بمخلبه، والثاني أن يكون من الكواسب.

ومنها: الإرسال بالحديث.

ومنها: التسمية بالحديث حتى لو ترك المرسل التسمية عمدًا لا يؤكل، خلافًا للشافعي، ولو ترك ناسيًا يؤكل عندنا، ومالك.

وعن أحمد: لا يؤكل، وقد مر في الذبائح.

وفي الكتاب: المُكَلِّب مؤدب الجوارح ورائضها؛ ليصيد لصاحبها بطريق التأديب، واشتقاقه من الكلب؛ لأن التأديب أكثر ما يكون في الكلاب، فاشتق من لفظه؛ لكثرته في جنسه، وانتصاب ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ على الحال من ﴿عَلَّمْتُم﴾.

فإن قلت: ما فائدة هذه الحال، وقد استغنى عنها بـ﴿عَلَّمْتُم﴾؟

قلت: فائدتها أن يكون من يُعَلِّم الجوارح نحريرًا في علمه، موصوفًا بالتكليب، و﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ حال ثانية أو استئناف، وفيه فائدة جليلة وهي أن على كل من أخذ علمًا يجب ألا يأخذه إلّا من أَقْبَلِ أهلِهِ علمًا، وأنحرهم دراية، وأغوصهم على لطائفه وصفاته، وإن احتاج أن تضرب إليه أكباد الإبل، فكم آخِذٍ من غيرِ مُتْقِنٍ، فقد ضيَّعَ أيامه وعضَّ عندَ لقاءِ النَّحاريرِ أنامِلَه.

قوله: (والحديث به) أي: بالتعليم وبالإرسال، قال رسول الله ﷺ لعَدِيٍّ: **«إذا أرسلْتَ كلبكَ المُعَلَّمَ»**(١).

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ آلَةً بِالتَّعْلِيمِ لِيَكُونَ عَامِلًا لَهُ فَيَتَرَسَّلُ بِإِرْسَالِهِ وَيُمْسِكُهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (تَعْلِيمُ الكَلْبِ: أَنْ يَتْرُكَ الأَكْلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، وَتَعْلِيمُ البَازِي: أَنْ يَرْجِعَ وَيُجِيبَ إِذَا دَعَوْتَهُ) وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ، وَلِأَنَّ بَدَنَ البَازِيِّ لَا يَحْتَمِلُ الضَّرْبَ، وَبَدَنُ الكَلْبِ يَحْتَمِلُهُ فَيُضْرَبُ لِيَتْرُكَهُ، وَلِأَنَّ آيَةَ التَّعْلِيمِ تَرْكُ مَا هُوَ أَلُوفٌ عَادَةً، وَالبَازِيُّ مُتَوَحِّشٌ مُتَنَفِّرٌ فَكَانَتْ الإِجَابَةُ آيَةَ تَعْلِيمِهِ، وَأَمَّا الكَلْبُ فَهُوَ مَأْلُوفٌ يَعْتَادُ الِانْتِهَابَ، فَكَانَ آيَةُ تَعْلِيمِهِ تَرْكَ مَأْلُوفِهِ وَهُوَ الأَكْلُ وَالِاسْتِلَابُ، ثُمَّ شُرِطَ تَرْكُ

(ولأنه)؛ أي: الحيوان **(إنما يصير آلة له بالتعليم ليكون عامِلًا له)**.

وفي مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله: الآلة [التي][1] تحصل بها الذكاة نوعان: جماد وحيوان، والجماد ما يتصل بالفاعل كالسكين، والسيف، والرمح، وما ينفصل عن الفاعل كالسهم وغيره.

والحيوان نوعان: ما يكون من جنس السباع، وما يكون من جنس الطيور.

وإنما تصلح هذه الحيوانات آلة بعد العلم؛ لأن قتله من حيث إنّ لا عقل له وهو جارح يصلح آلة كالسكين، ومن حيث إن له اختيار لا يصلح، إلا أن الآلة ما لا اختيار له كالسكين، وإذا لم يترجح ما يوجب أن يكون آلة على ما يمنع؛ فشرط الشرع التعليم فيه، حتى يترجح ما يوجب كونه آلة؛ لأنه لما عمل لصاحبه لا لنفسه كان كالسكين فترجح كونه آلة.

قوله: (وبدن الكلب يحتمله)؛ أي: الضرب، فيمكن أن يضربه حتى يدع الأكل، وبدن البازي لا يحتمله؛ فتعذر تحقيق هذا الشرط، فأقيم مقامه ما يدل عليه، وهو الإجابة عند الدعاء.

قوله: (ترك ما هو ألوفٌ عادة)؛ لأن حقيقة العلم والجهل في الحيوان أمر مُبَطَّنٌ، فأقيم تبدل العادة المألوفة مقام العلم والجري على ذلك فيقام ضده.

وفي الكلب ضد العادة المألوفة ترك الأكل لا الإجابة عند الدعوة؛ لأنه ألوف في إجابة صاحبه إذا دعاه، غير مخالف لطبعه وعادته، فلا يكون ذلك

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الأَكْلِ ثَلَاثًا. وَهَذَا عِنْدَهُمَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ(*)؛ لِأَنَّ فِيمَا دُونَهُ مَزِيدَ الِاحْتِمَالِ فَلَعَلَّهُ تَرَكَهُ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ شِبَعًا، فَإِذَا تَرَكَهُ ثَلَاثًا دَلَّ عَلَى أَنَّهُ صَارَ عَادَةً لَهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِلِاخْتِبَارِ وَإِبْلَاءِ الْأَعْذَارِ كَمَا فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ

علامة علمه بل ترك أكله مع حاجته إليه؛ لأن الافتراس للتناول طبع الكلاب والسباع والبازي متنفر بطبعه.

فالإجابة علامة علْمه؛ لأنه خلاف طبعه، ولكن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد، فإنه متنفر كالبازي، والحكم فيه وفي الكلب سواء، فالمعتمد هو الأول، ثم يشترط في البازي ما يشترط في الكلب، ألا ترى الأكل، فإن عند العامة ليس بشرط في الطير، وبه قال ابن عباس.

ونص الشافعي أنه يشترط كالكلب في تحريم ما أكل منه من صيده؛ لأن مجالدًا روى عن الشعبي عن عدي عن النبي ﷺ أنه قال: «**إن أكلَ الكلبُ والبازِيُّ فلَا تَأكُلْ**»(١)؛ لأنه جارح أكل مما صاده بعد قتله فأشبه سباع البهائم. [٢/ ٤٤١/ ب]

ولنا؛ إجماع الصحابة، فإنه روي عن ابن عباس أنه قال: إذا أكل الكلب الصيد فلا تأكل، وإن أكل البازي فكل. ومما ذكرنا أن تعليمه بالإجابة، وأما الخبر فلا يصح.

قال أحمد بن حنبل: روايات مجالد غير صحيحة، وقياس الطير على السبع لا يصح؛ لما ذكرنا من الفرق وتقدير مدة الخيار وإمهال المرتد والمتحجر أي: ثلاث سنين.

وقال ﷺ: «**إذا استأذنَ أحدُكُم ثلاثًا؛ فلَمْ يُؤذَنْ لهُ فَلْيرجِعْ**»(٢).

وقال عمر: إذا لم يربح أحدكم في تجارته ثلاث مرات فليتحول إلى غيرها.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٠٩ رقم ٢٨٥١) من حديث عَدِيِّ بن حاتم رضي الله عنه، قال ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٢٣٩): مُجَالِد بن سعيد وقد ضعَّفوه. وتقدم تخريجه بنحوه قريبا.

(٢) أخرجه البخاري (٨/ ٥٤ رقم ٦٢٤٥) ومسلم (٣/ ١٦٩٤ رقم ٢١٥٣) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

وَفِي بَعْضِ قَصَصِ الأَخْيَارِ، وَلِأَنَّ الكَثِيرَ هُوَ الَّذِي يَقَعُ أَمَارَةً عَلَى العِلْمِ دُونَ القَلِيلِ، وَالجَمْعُ هُوَ الكَثِيرُ، وَأَدْنَاهُ الثَّلَاثُ فَقُدِّرَ بِهَا، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الأَصْلِ: لَا يَثْبُتُ التَّعْلِيمُ مَا لَمْ يَغْلِبْ عَلَى ظَنِّ الصَّائِدِ أَنَّهُ مُعَلَّمٌ، وَلَا يُقَدَّرُ بِالثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ المَقَادِيرَ لَا تُعْرَفُ اجْتِهَادًا، بَلْ نَصًّا وَسَمَاعًا، وَلَا سَمْعَ فَيُفَوَّضُ إِلَى رَأْيِ المُبْتَلَى بِهِ كَمَا هُوَ أَصْلُهُ فِي جِنْسِهَا، وَعَلَى الرِّوَايَةِ الأُولَى عِنْدَهُ: يَحِلُّ مَا اصْطَادَهُ ثَالِثًا، وَعِنْدَهُمَا: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ مُعَلَّمًا بَعْدَ تَمَامِ الثَّلَاثِ وَقَبْلَ التَّعْلِيمِ غَيْرُ مُعَلَّمٍ، فَكَانَ الثَّالِثُ صَيْدَ كَلْبٍ جَاهِلٍ، وَصَارَ كَالتَّصَرُّفِ المُبَاشِرِ فِي سُكُوتِ المَوْلَى، ....

قوله: (وبعض قصص الأخيار) كأنه أراد به قصة موسى مع معلمه عليهما السلام، حيث قال في الثلاثة: ﴿هَٰذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ﴾ [الكهف: ٧٨]، وقصة زكريا عليه السلام في قوله تعالى: ﴿ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١].

قوله: (وأدناه)؛ أي: أدنى الجمع **(الثلاث فقدر بها)**؛ لأن ما فوقه من أفراد الجموع ليس بعضه أولى من بعض، فقدر بالأدنى لأنه المتيقن.

قوله: (كما هو أصله)؛ أي: أصل أبي حنيفة رحمه الله **(في جنسها)**؛ أي: جنس المقادير نحو جنس الغريم، وحد التقادم، وتقدير ما غلب في نزح البئر المعينة، ولم يقدر أصحاب الشافعي عدد المرات؛ لأن التقدير بالتوقيف ولا توقيف، بل قدروه بما يصير به معلَّمًا في العرف، وبه قال أحمد، إلا أنه قال: أقل ذلك ثلاث.

وحكي عن مالك، وربيعة: لا يعتبر ترك الأكل كما يجيء.

وقال بعض أصحاب أحمد: لا يشترط التكرار في العلم؛ لأنه صنعة فلا يعتبر فيه التكرار كسائر الصنائع.

ولنا؛ ما ذكرنا أن ترك الأكل ثلاث مرات دليل علمه.

قوله: (وعلى الرواية الأولى) وهي التي قدر بالثلاث.

قوله: (كالتصرف المباشر في سكوت المولى)؛ فإنه غير صحيح بالاتفاق؛ لأن الإذن ثبت بسكوته فيؤثر فيما بعده.

وَلَهُ، أَنَّهُ آيَةُ تَعْلِيمِهِ عِنْدَهُ فَكَانَ هَذَا صَيْدَ جَارِحَةٍ مُعَلَّمَةٍ، بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ الإِذْنَ إِعْلَامٌ وَلَا يَتَحَقَّقُ دُونَ عِلْمِ العَبْدِ وَذَلِكَ بَعْدَ المُبَاشَرَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبَهُ المُعَلَّمَ، أَوْ بَازِيَّهُ، وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ إِرْسَالِهِ، فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَجَرَحَهُ فَمَاتَ: حَلَّ أَكْلُهُ) لِمَا رَوَيْنَا مِن حَدِيثِ عَدِيٍّ ﷺ، وَلِأَنَّ الكَلْبَ أَوْ البَازِي آلَةٌ، وَالذَّبْحُ لَا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ الآلَةِ إِلَّا بِالِاسْتِعْمَالِ، وَذَلِكَ فِيهِمَا بِالإِرْسَالِ، فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الرَّمْيِ وَإِمْرَارِ السِّكِّينِ، فَلَا بُدَّ مِن التَّسْمِيَةِ عِنْدَهُ، وَلَوْ تَرَكَهُ نَاسِيًا حَلَّ أَيْضًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَحُرْمَةُ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا فِي الذَّبَائِحِ، ....

قوله: [(وله)؛ أي][1] لأبي حنيفة رحمه الله (أنه)؛ أي: ترك الأكل (علامة[2] تعلمه عنده)؛ أي: عند إمساكه الثالث على صاحبه، وقد أمسك على صاحبه بعد إمساك صاحبه، فكان صيد كلب معلم، فيحل كالرابع، بخلاف مسألة الإذن؛ لأن الإذن إعلام، فلا يتحقق بغير علم العبد، وذا بعد مباشرته وسكوت سيده.

قوله: **(وذلك فيهما)**؛ أي: في الكلب والبازي **(بالإرسال)** فلا بد من الإرسال، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وأكثر أهل العلم حتى لو استرسلت بنفسها وقتلت صيدًا لم يُبَح.

وعن عطاء، والأوزاعي: يؤكل إذا أخرجه للصيد؛ لأن الإخراج له كالإرسال.

وقال إسحاق: إذا سمَّى عند انفلاته يباح صيده؛ لما روي أن ابن عمر سئل عن الكلاب تنفلت من مرابضها فتصيد الصيد قال: اِذكُر اسم الله وكُل.

ولنا؛ قوله ﷺ لعلي: «**إذا أرسلتَ كلبكَ...**» الحديث[3]، فقد شرط الإرسال، ولأن الإرسال كاستعمال الآلة كما ذكر في المتن ولهذا اعتبرت التسمية معه، ولو استرسل وسمَّى صاحبُهُ وزجرَهُ فزاد في عَدْوِهِ أبيح صيده، وبه قال أحمد.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) تقدم في المتن (آية).

(٣) تقدم تخريجه قريبا.

وَلَا بُدَّ مِن الجُرْحِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، لِيَتَحَقَّقَ الذَّكَاةُ الِاضْطِرَارِيُّ، وَهُوَ الجُرْحُ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ مِن البَدَنِ بِانْتِسَابِ مَا وُجِدَ مِن الآلَةِ إِلَيْهِ بِالِاسْتِعْمَالِ، وَفِي ظَاهِرِ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] مَا يُشِيرُ إِلَى اشْتِرَاطِ الجَرْحِ؛ إِذْ هُوَ مِن الجَرْحِ بِمَعْنَى الجِرَاحَةِ فِي تَأْوِيلٍ، فَيُحْمَلُ عَلَى الجَارِحِ الكَاسِبِ بِنَابِهِ وَمِخْلَبِهِ، وَلَا تَنَافِيَ، وَفِيهِ أَخْذٌ بِاليَقِينِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ رُجُوعًا إِلَى التَّأْوِيلِ الأَوَّلِ، وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

وقال الشافعي: لا يباح؛ لعدم الإرسال، وعن مالك كالمذهبين.

وقلنا: لما زجره وأثر فيه صار كما لو أرسله، وكذا لو أرسله ثم سمى وزجره فزاد في عدوه أبيح صيده.

قوله: (**ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية**) حتى لو قتله الكلب أو البازي بلا جرح لا يحل، وكذا إذا كسره من غير جرح لا يحل.

وأشار في الأصل إلى أنه يحل، كما روي عن أبي يوسف، وهو قول عن الشافعي، وفي قول آخر: لا يحل، كما في ظاهر الرواية، وبه قال مالك، وأحمد.

وفي الذخيرة: والفتوى على ظاهر الرواية.

قوله: (**رجوعًا إلى التأويل الأول**) وهو أن المراد من الجوارح الكواسب، فيحل صيده بأي وجه كان؛ لعموم النص، وجواب ما قلنا، وهو أن الجوارح حقيقة ما يجرح بنابه ومخلبه، وبمعنى الكواسب، ويمكن حمله عليهما، فشرطنا كلاهما عملًا بالاحتياط، كذا في المبسوط.

فإن قيل: فيه جمع بين الحقيقة والمجاز وعموم للمشترك؛ لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة في الكواسب أو مجازًا.

قلنا: لا كذلك، بل الجوارح أخص من الكواسب، فلو كان المراد الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك، وهذا معنى قول فخر الإسلام في الحيض في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

[٢/٤٤٢/أ] قيل: أريد به الحبل، وقيل: الحيض، والصحيح أنهما

قَالَ: (فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الكَلْبُ أَوْ الفَهْدُ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ البَازِيُّ أُكِلَ) وَالفَرْقُ مَا بَيَّنَّاهُ فِي دَلَالَةِ التَّعْلِيمِ، وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِمَا رَوَيْنَا مِن حَدِيثِ عَدِيٍّ ﵁ وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ القَدِيمِ فِي إِبَاحَةِ مَا أَكَلَ الكَلْبُ مِنْهُ **(وَلَوْ أَنَّهُ صَادَ صُيُودًا، وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهَا، ثُمَّ أَكَلَ مِن صَيْدٍ، لَا يُؤْكَلُ هَذَا الصَّيْدُ)**؛ لِأَنَّهُ عَلَامَةُ الجَهْلِ، وَلَا مَا يَصِيدُهُ بَعْدَهُ حَتَّى يَصِيرَ مُعَلَّمًا ....

مرادان؛ لأنه لا تنافي، فكذا هاهنا لا تنافي بين الكسب والجراحة، ولأنه يصير في معنى الموقوذة وهو حرام بالنص.

قوله: (وهو حجة) أي: حديث عَدِيّ على مالك، والشافعي، وربيعة، حيث قالوا بإباحته تمسكًا بما روى أبو ثعلبة أنه ﷺ قال: «**إذا أرسلتَ كلبَكَ المُعلَّمَ وذكرْتَ اسمَ اللهِ عليهِ فكُلْ وإن أكَلَ [مِنهُ]**» رواه أبو داود[١].

وقلنا: حديث عدي متفق عليه، فكان أولى بالتقديم، ولأنه متضمن للزيادة وهو ذكر الحكم معللًا.

وفي حديث أبي ثعلبة قال: «**كلبُكَ المُعَلَّم**» ولا يحصل العلم بالأكل، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [المائدة:٤]، والإمساك عليه هو أن لا يأكل منه، ذكره في الكشاف وغيره.

وإليه أشار النبي ﷺ فقال: «**فلا تَأكُلْ فإنّما أمسكَ علَى نفسِهِ**»؛ فعلم أن المراد من الأكل في حديث أبي ثعلبة ولوغه في دم الصيد، وذلك القدر لا يحرم، أو كان ذلك قبل نزول الآية ثم انتسخ، كذا في المبسوط[٢].

وقيل: المراد منه الأكل بعد أخذ صاحبه ووصوله إليه، وذلك لا يضر، أو أكل بعدما قتله وانصرف منه، ولا يقال قوله تعالى: ﴿مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ يقتضي شرطية عدم الأكل في البازي وما قلتم به؛ لأنا نقول: القياس ذلك إلا أنا تركناه في البازي بأثر ابن عباس وإجماع الصحابة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٠٩ رقم ٢٨٥٢) من حديث عبد الله بن عمرو﵄، قال ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٢٤١) سنده صحيح.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٢٣).

عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَاتِ كَمَا بَيَّنَّاهَا فِي الِابْتِدَاءِ، وَأَمَّا الصُّيُودُ الَّتِي أَخَذَهَا مِن قَبْلُ، فَمَا أُكِلَ مِنْهَا: لَا تَظْهَرُ الحُرْمَةُ فِيهِ، لِانْعِدَامِ المَحَلِّيَّةِ، وَمَا لَيْسَ بِمُحْرَزٍ بِأَنْ كَانَ فِي المَفَازَةِ بِأَنْ لَمْ يَظْفَرْ صَاحِبُهُ بَعْدَ تَثَبُّتِ الحُرْمَةِ فِيهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَمَا هُوَ مُحْرَزٌ فِي بَيْتِهِ يَحْرُمُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا(*)، هُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ الأَكْلَ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَى الجَهْلِ فِيمَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ الحِرْفَةَ قَدْ تُنْسَى، وَلِأَنَّ فِيمَا أَحْرَزَهُ قَدْ أَمْضَى الحُكْمَ فِيهِ الِاجْتِهَادُ، فَلَا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ مِثْلِهِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ قَدْ حَصَلَ بِالأَوَّلِ، بِخِلَافِ غَيْرِ المُحْرَزِ؛ لِأَنَّهُ مَا حَصَلَ المَقْصُودُ مِن كُلِّ وَجْهٍ، لِبَقَائِهِ صَيْدًا مِن وَجْهٍ، لِعَدَمِ الإِحْرَازِ، فَحَرَّمْنَاهُ احْتِيَاطًا، وَلَهُ: أَنَّهُ آيَةُ جَهْلِهِ مِن الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّ الحِرْفَةَ لَا يُنْسَى أَصْلُهَا، فَإِذَا أَكَلَ

ولو قال الخصم: إذا خص عموم النص بالأثر نحن لا نشترط عدم الأكل في الكلب قياسًا على البازي.

قلنا: قياس مخالف للنص، فإنه لو أخرج الكلب منه ما بقي تحت النص شيء، فيبطل النص فيكون مخالفًا للنص.

قوله: (على اختلاف الروايات) فعنده باجتهاده الكلاب، وعندهما بترك الأكل ثلاثًا كما مر، ولا يعلم فيه خلاف بأن كان في المفازة بعد ولم يأخذه الصياد.

فالحاصل: أنه يحكم بجهله مقصورًا، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعند أبي حنيفة مستندًا.

قوله: (لا ينسى أصلها)؛ أي: أصل الحرفة، ويحتمل أن ينسى دقائقها بالترك زمانًا، كالخياطة ونحوها في الآدمي، ولما وجب الحكم بكونه جاهلًا في الحال تبين أنه لم يكن مُعلَّمًا، وأنه إنما ترك الأكل حين ترك للشبع، وحين لم يترك كان جائعًا، وهذا الأكل وإن كان محتملًا لكنه تعين أنه لكونه غير معلم بدليل شرعي، حيث حرم تناول هذا الصيد، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود؛ لأن المقصود منه الأكل، ولم يوجد في المحرز، وصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل [القضاء](١).

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ تَرَكَ الأَكْلَ لِلشِّبَعِ لَا لِلْعِلْمِ، وَتَبَدَّلَ الِاجْتِهَادُ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ؛ لِأَنَّهُ بِالأَكْلِ، فَصَارَ كَتَبَدُّلِ اجْتِهَادِ القَاضِي قَبْلَ القَضَاءِ (وَلَوْ أَنَّ صَقْرًا فَرَّ مِن صَاحِبِهِ فَمَكَثَ حِينًا، ثُمَّ صَادَ، لَا يُؤْكَلُ صَيْدُهُ)؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ مَا صَارَ بِهِ عَالِمًا، فَيُحْكَمُ بِجَهْلِهِ، كَالكَلْبِ إِذَا أَكَلَ مِن الصَّيْدِ (وَلَوْ شَرِبَ الكَلْبُ مِن دَمِ الصَّيْدِ، وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ، أُكِلَ)؛ لِأَنَّهُ مُمْسِكٌ لِلصَّيْدِ عَلَيْهِ، وَهَذَا مِن غَايَةِ عِلْمِهِ، حَيْثُ شَرِبَ مَا لَا يَصْلُحُ لِصَاحِبِهِ وَأَمْسَكَ عَلَيْهِ مَا يَصْلُحُ لَهُ (وَلَوْ أَخَذَ الصَّيْدَ مِن المُعَلَّمِ، ثُمَّ قَطَعَ مِنْهُ

وفي المبسوط[1]: من أصحابنا من قال: هذا إذا كان العهد قريبًا بأخذ تلك الصيود، وأما إذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهر ونحو ذلك، وقدد صاحبه صيوده لم تحرم تلك الصيود؛ لأن في المدة الطويلة يتحقق النسيان، فلا يكون ذلك دليل كونه غير معلم.

وفي المدة القصيرة لا يتوهم نسيان الحرفة، فتبين أنه كان غير معلّم، والأظهر أن الخلاف في الفصلين جميعًا.

وفي الذخيرة: أما ما باع مما قدد من صيوده، فعندهما: لا ينقض البيع، وعند أبي حنيفة رحمه الله: ينبغي أن ينقض البيع إذا تصادق المشتري والبائع على كون الكلب جاهلًا.

قوله: (**فمكث حينًا ثم صاد**)؛ معناه رجع إلى صاحبه ثم صاد لا يؤكل، أما ما صاد قبل الرجوع إلى صاحبه فلا شك أنه لا يؤكل؛ لعدم الإمساك.

قوله: (**ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أُكِل**)، وبه قال أكثر أهل العلم.

وعن الشعبي، والثوري: كره أكله؛ لأنه في معنى الأكل منه، ولنا ما ذكر في المتن.

قوله: (**ولو أخذ الصيد**)؛ أي: صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب (**المعلم**).

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٤٣).

قِطْعَةً وَأَلْقَاهَا إِلَيْهِ فَأَكَلَهَا، يُؤْكَلُ مَا بَقِيَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَلْقَى إِلَيْهِ طَعَامًا غَيْرَهُ، وَكَذَا إِذَا وَثَبَ الكَلْبُ فَأَخَذَهُ مِنْهُ وَأَكَلَ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَكَلَ مِن الصَّيْدِ، وَالشَّرْطُ تَرْكُ الأَكْلِ مِن الصَّيْدِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا افْتَرَسَ شَاتَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يُحْرِزَهُ المَالِكُ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَتْ فِيهِ جِهَةُ الصَّيْدِيَّةِ (وَلَوْ نَهَسَ الصَّيْدَ فَقَطَعَ مِنْهُ بِضْعَةً فَأَكَلَهَا، ثُمَّ أَدْرَكَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ، وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ لَمْ يُؤْكَل)؛ لِأَنَّهُ صَيْدُ كَلْبٍ جَاهِلٍ، حَيْثُ أَكَلَ مِن الصَّيْدَ (وَلَوْ أَلْقَى مَا نَهَسَهُ وَاتَّبَعَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ، وَأَخَذَهُ صَاحِبُهُ، ثُمَّ مَرَّ بِتِلْكَ البِضْعَةِ فَأَكَلَهَا، يُؤْكَلُ الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَكَلَ مِن نَفْسِ الصَّيْدِ فِي هَذِهِ الحَالَةِ لَمْ يَضُرَّهُ، فَإِذَا أَكَلَ مَا بَانَ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لِصَاحِبِهِ أَوْلَى، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ فِي حَالَةِ الِاصْطِيَادِ فَكَانَ جَاهِلًا مُمْسِكًا لِنَفْسِهِ، وَلِأَنَّ نَهْسَ البِضْعَةِ قَدْ يَكُونُ لِيَأْكُلَهَا، وَقَدْ يَكُونُ حِيلَةً فِي الِاصْطِيَادِ لِيَضْعُفَ بِقَطْعِ القِطْعَةِ مِنْهُ فَيُدْرِكَهُ، فَالأَكْلُ قَبْلَ الأَخْذِ يَدُلُّ عَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ، وَبَعْدَهُ عَلَى الوَجْهِ الثَّانِي فَلَا يَدُلُّ عَلَى جَهْلِهِ.

(وكذا إذا وثب الكلب فأخذه) بعد أخذ صاحبه وأكل يؤكل ما بقي؛ لتحقق الإمساك عليه وخروج الصيد عن الصيدية، فلا يخرج من كونه معلّمًا، بخلاف ما لو أكل قبل أخذ صاحبه، فإنه يخرج عن كونه معلمًا، ولأن هذا من عادة الصيادين بعد أخذ الصيد أن يرموا بقطعة منه إلى الكلب، فكان الكلب طالبًا لهذه العادة، وهو دليل حذقه لا دليل جهله، وأما قبل الأخذ لم تجر العادة، فكان أكله في ذلك الوقت دليل جهله، إليه أشار في المبسوط(١).

قوله: (فلا يدل على جهله)؛ بل يدل على حذاقته، حيث تناول ما يعلم أن صاحبه لم يرغب فيه، فهو كما لو شرب من دمه، وإن أدرك المرسل الصيد حيًّا وجب [٢/ ٤٤٢/ب] عليه أن يذكّيه إلى آخره.

الكلام في مثله في أربعة مواضع:

أحدها: الشاة أو غيرها إذا مرض وبقي فيها من الحياة ما بقي في المذبوح.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٤٤).

قَالَ: (وَإِنْ أَدْرَكَ الْمُرْسِلُ الصَّيْدَ حَيًّا، وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُذَكِّيَهُ، وَإِنْ تَرَكَ تَذْكِيَتَهُ حَتَّى مَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ، وَكَذَا الْبَازِيُّ وَالسَّهْمُ)؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْبَدَلِ، إذ الْمَقْصُودُ هُوَ الْإِبَاحَةُ وَلَمْ تَثْبُتْ قَبْلَ مَوْتِهِ، فَبَطَلَ حُكْمُ الْبَدَلِ، وَهَذَا إِذَا تَمَكَّنَ مِن ذَبْحِهِ، أَمَّا إِذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ وَلَمْ يَتَمَكَّنْ مِن ذَبْحِهِ وَفِيهِ مِن الْحَيَاةِ فَوْقَ مَا يَكُونُ فِي الْمَذْبُوحِ، لَمْ يُؤْكَلْ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَحِلُّ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْأَصْلِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا رَأَى الْمَاءَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الِاسْتِعْمَالِ، ....

والثاني: إذا قطع الذئب بطن الشاة وبقي فيها من الحياة مقدار ما بقي في المذبوح فأخذه المالك.

والثالث: الكلب المعلم والبازي المعلم فإذا أخذ المالك صيده وبقي فيه من الحياة بقدر حياة المذبوح.

والرابع: الصيد بعد رميه وإصابته السهم وبقي من الحياة فيه بقدر المذبوح فرماه آخر وقتله.

ففي الأول والثاني عندهما: لا تقبل الذكاة حتى لو ذكاها لا يحل، واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة.

قال الإسْبِيجابي: فقيل لو ذكاها تحل، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي، والصدر الشهيد.

وقال شيخ الإسلام: لا تقبل حتى لو ذبحها لا تحل على قوله.

فالحاصل: أن للحياة عبرة عنده وإن قَلَّت، وعندهما لا يعتبر القليل، وقدر القليل بما تبقى في المذبوح، واتفق مع أبي حنيفة في أكثر منه.

ومحمد رحمه الله فرق بين القليل والكثير بيوم.

وفي الثالث والرابع إذا بقي من الحياة بقدر حياة المذبوح لا تقبل الذكاة بالإجماع، حتى لو لم يذبحه يحل، كذا في الذخيرة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وأكثر أهل العلم.

قوله: (وهو قول الشافعي)، وبه قال مالك، وأحمد أيضًا.

(ولم يقدر على الاستعمال) فإن كان بينه وبين الماء سبع أو عدو، أو البئر

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ، أَنَّهُ قَدَرَ اعْتِبَارًا؛ لِأَنَّهُ ثَبَّتَ يَدَهُ عَلَى حَسَبِ تَفَاوُتِهِمْ فِي الكِيَاسَةِ وَالهِدَايَةِ فِي أَمْرِ الذَّبْحِ، فَأُدِيرَ الحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَقِيَ فِيهِ مِن الحَيَاةِ مِثْلُ مَا يَبْقَى فِي المَذْبُوحِ؛ لِأَنَّهُ مَيِّتٌ حُكْمًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَهُوَ بِهَذِهِ الحَالَةِ لَمْ يَحْرُمْ، كَمَا إِذَا وَقَعَ وَهُوَ مَيِّتٌ، وَالمَيِّتُ لَيْسَ بِمَذْبَحٍ، وَفَصَّلَ بَعْضُهُمْ فِيهَا تَفْصِيلًا، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ لِفَقْدِ الآلَةِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَكَّنْ لِضِيقِ الوَقْتِ لَمْ يُؤْكَلْ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُ إِذَا وَقَعَ فِي يَدِهِ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا، فَبَطَلَ حُكْمُ ذَكَاةِ الِاضْطِرَارِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ يُتَوَهَّمُ بَقَاؤُهُ، أَمَّا إِذَا شَقَّ بَطْنَهُ وَأَخْرَجَ مَا فِيهِ ثُمَّ وَقَعَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ، حَلَّ؛ لِأَنَّ مَا بَقِيَ اضْطِرَابُ المَذْبُوحِ فَلَا يُعْتَبَرُ، كَمَا إِذَا وَقَعَتْ شَاةٌ فِي المَاءِ بَعْدَمَا ذُبِحَتْ، وَقِيلَ: هَذَا قَوْلُهُمَا، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا يُؤْكَلُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فِي يَدِهِ حَيًّا(*)، فَلَا يَحِلُّ إِلَّا بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ رَدًّا إِلَى المُتَرَدِّيَةِ

عميق وليس له آلة النزح.

قوله: (لا يمكن اعتباره)؛ إذ اعتبار التمكن حقيقة، فمن الناس من يتمكن من الذبح في ساعة لطيفة، ومنهم من لا يتمكن بأكثر من ساعة على حسب تفاوتهم في الكياسة، فأدير الحكم على ما ذكر، وهو إثبات يده عليه بقدر ما يتمكن من الذبح في الجملة، وأقمنا ذلك مقام التمكن حقيقة، كما أقمنا السفر مقام المشقة؛ لتفاوت الناس في لحوق المشقة.

قوله: (ليس بمذبح)؛ أي محل للذبح.

قوله: (خلافًا للشافعي) ومالك، وأحمد، والحسن بن زياد، ومحمد بن مقاتل أيضًا، فإن عندهم: يؤكل استحسانًا؛ لأنه لم يقدر على الأصل، وهو ذكاة الاختياري لضيق الوقت، وما جاء منه تفريط، وبه أخذ الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: (يتوهم بقاؤه)؛ أي: حيًّا مع الجرح الذي جرحه الكلب.

قوله: (لأنه وقع في يده حيًّا فلا يحل إلّا بالذكاة).

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا تَرَكَ التَّذْكِيَةَ، فَلَوْ أَنَّهُ ذَكَّاهُ حَلَّ أَكْلُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا الْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ، وَالَّذِي يَبْقُرُ الذِّئْبُ بَطْنَهُ، وَفِيهِ حَيَاةٌ خَفِيَّةٌ، أَوْ بَيِّنَةٌ، وَعَلَيْهِ الفَتْوَى، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] اسْتَثْنَاهُ مُطْلَقًا مِن غَيْرِ فَصْلٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، إِذَا كَانَ بِحَالٍ لَا يَعِيشُ مِثْلُهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَوْتُهُ بِالذَّبْحِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ يَعِيشُ فَوْقَ مَا يَعِيشُ المَذْبُوحُ يَحِلُّ وَإِلَّا فَلَا؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِهَذِهِ الحَيَاةِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ (وَلَوْ أَدْرَكَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ، فَإِنْ كَانَ فِي وَقْتٍ لَوْ أَخَذَهُ أَمْكَنَهُ ذَبْحُهُ، لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ فِي حُكْمِ المَقْدُورِ عَلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ لَا يُمْكِنُهُ ذَبْحُهُ أُكِلَ)؛ لِأَنَّ اليَدَ لَمْ تَثْبُتْ بِهِ، وَالتَّمَكُّنُ مِن

قوله: (هذا الذي ذكرنا)، وهو أنه لا يؤكل عندهما فيما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه حل أكله عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة: ذكاته الذبح، وقد وجد عندهما حل بلا ذبح.

قوله: (حياة خفية)؛ أي: دون حياة المذبوح (أو بينة)؛ أي: فوق حياة المذبوح.

وقيل: الخفية بأن لم يتحرك ولكن يتنفس بالحياة، والحياة البينة بأن يتحرك يحل إذا ذكاه (وعليه الفتوى) على قول أبي حنيفة؛ (لأنه تعالى استثناه) [بقوله][(١)]: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] (مطلقًا بلا فصل)، ولأن المقصود تسييل الدم النجس بفعل الذكاة وقد حصل، كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: (لأنه) أي (لم يكن موته بالذبح) أي: مضافا إلى الذبح، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وإن كان لا يمكنه ذبحه) أكل ولا يعلم فيه خلاف، وإن أدركه فذكاه حل ولا يعلم فيه خلاف أيضًا.

---

(١) في الأصل: (أي ما ذكيتم) وزدنا: (بقوله إلا) لاستقامة الكلام.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٢٢).

الذَّبْحِ لَمْ يُوجَدْ (وَإِنْ أَدْرَكَهُ فَذَكَّاهُ حَلَّ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ فَالذَّكَاةُ وَقَعَتْ مَوْقِعَهَا بِالإِجْمَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ؛ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله ذَكَاتُهُ الذَّبْحُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ وُجِدَ، وَعِنْدَهُمَا: لَا يُحْتَاجُ إِلَى الذَّبْحِ (وَإِذَا أَرْسَلَ كَلْبَهُ الْمُعَلَّمَ عَلَى صَيْدٍ وَأَخَذَ غَيْرَهُ حَلَّ) وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ إِرْسَالٍ؛ إِذِ الإِرْسَالُ مُخْتَصٌّ بِالْمُشَارِ إِلَيْهِ، وَلَنَا: أَنَّهُ شَرْطٌ غَيْرُ مُفِيدٍ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ حُصُولُ الصَّيْدِ، إِذْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الوَفَاءِ بِهِ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُهُ تَعْلِيمُهُ عَلَى وَجْهٍ يَأْخُذُ مَا عَيَّنَهُ،

قوله: (وإذا أرسل كلبه المعلّم على صيد) وفي بعض النسخ (كلبه على صيد)؛ أي: على صيد معين (وأخذ غيره حل)؛ أي: ما دام في سنن إرساله، ذكره في المبسوط.

وفي المحيط: أرسل كلبه إلى صيد فأخذ آخر أو عددًا من الصيد واحدًا بعد واحد في ذلك الفور فكله حلال، ولو قتل صيدًا وجثم عليه طويلًا ثم أخذ آخر لم يحل، وكذا لو عدل عن ذلك الصيد يمنة ويسرة وتشاغل في غير طلب الصيد ثم اتبع صيدًا أو أخذه لم يؤكل إلا إذا زجره صاحبه فانزجر ثم أخذ حَلَّ، وبه قال الشافعي، وأحمد في قول.

وقال في قول: إن كان عدوله لصيد حل، وإن كان لغير صيد لم يحل؛ لخروجه عن كونه معلّمًا.

وقال الماوردي من أصحابه: والأصح عندي أنه إن خرج وعاد لا عن جهة إرساله إلى غيرها لم يؤكل صيده فيها، وإن خرج في جهة إرساله خلف صيد فعدل إلى غيرها فأخذ صيدًا حل.

قال بعض أصحابه: هذا ليس بجيد، فإن كان عدوله عند إرساله في طلب صيد سنح له فلا فرق بين أن يكون في جهة إرساله [٢/٤٤٣/أ] وبين أن يكون في غيرها عند ابتداء إرساله، وإن كان عدوله لغير صيد يخرج عن كونه معلمًا؛ لأن من شرط التعلم أن يطلب صيدًا إذا أرسله، فإذا عاد عن الصيد إلى غير صيد دلَّ على عدم تعلمه، كذا في الحلية.

وقال مالك: لا يحل، فإنه إذا غَيَّرَ وتركَ المعينَ صار كترك الإرسال.

فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ (وَلَوْ أَرْسَلَهُ عَلَى صَيْدٍ كَثِيرٍ، وَسَمَّى مَرَّةً وَاحِدَةً حَالَةَ الإِرْسَالِ، فَلَوْ قَتَلَ الكُلَّ يَحِلُّ بِهَذِهِ التَّسْمِيَةِ الوَاحِدَةِ)؛ لِأَنَّ الذَّبْحَ يَقَعُ بِالإِرْسَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا: تُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ وَالفِعْلُ وَاحِدٌ فَيَكْفِيهِ تَسْمِيَةٌ وَاحِدَةٌ، بِخِلَافِ ذَبْحِ الشَّاتَيْنِ بِتَسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ تَصِيرُ مَذْبُوحَةً بِفِعْلٍ غَيْرِ الأَوَّلِ، فَلَا بُدَّ مِن تَسْمِيَةٍ أُخْرَى، حَتَّى لَوْ أَضْجَعَ إِحْدَاهُمَا فَوْقَ الأُخْرَى، وَذَبَحَهُمَا بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ تَحِلَّانِ بِتَسْمِيَةٍ وَاحِدَةٍ (وَمَنْ أَرْسَلَ فَهْدًا فَكَمَنَ حَتَّى يَسْتَمْكِنَ، ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ فَقَتَلَهُ يُؤْكَلُ)؛ لِأَنَّ مُكْثَهُ ذَلِكَ حِيلَةٌ مِنْهُ لِلصَّيْدِ لَا اسْتِرَاحَةٌ، فَلَا يَقْطَعُ الإِرْسَالَ (وَكَذَا الكَلْبُ إِذَا اعْتَادَ عَادَتَهُ، ....

وقال ابن أبي ليلى: التعيين ليس بشرط، لكن إذا عين اعتبر تعينه، والإرسال شرط وقد وجد، ولأن تعيين الصيد غير مفيد في حقه؛ إذ الصيود كلها فيما يرجع إلى مقصوده سواء، وكذا في حق الكلب؛ لأن قصده إلى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه، كذا في المبسوط[1].

قوله: (**على ما بيناه**)؛ أي: في أول كتاب الذبائح حيث قال: (وفي الصيد يشترط التسمية عند الإرسال والرمي) (**ولهذا تشترط التسمية عنده**) أي: عند الإرسال.

[قوله][2] (فَكَمَنَ)[3] أي: توارى واستخفى (حتى يستمكن)؛ أي: يطلب المكنة، وفي بعض النسخ (حتى يتمكن).

(**وكذا الكلب إذا اعتاد عادته**)؛ أي: عادة الفهد، قال الإمام السرخسي ناقلًا عن شيخه شمس الأئمة الحلواني رحمهما الله: إنه قال: للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه:

منها؛ أنه يكمن للصيد حتى يستمكن، وهذا حيلة منه للصيد، فينبغي للعاقل ألا يجاهر الخلاف مع عدوه، ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٤١).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في النسختين: (تمكن) والمثبت من المتن.

وَلَوْ أَخَذَ الكَلْبُ صَيْدًا فَقَتَلَهُ، ثُمَّ أَخَذَ آخَرَ فَقَتَلَهُ، وَقَدْ أَرْسَلَهُ صَاحِبُهُ أُكِلَا جَمِيعًا)؛ لِأَنَّ الإِرْسَالَ قَائِمٌ لَمْ يَنْقَطِعْ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ رَمَى سَهْمًا إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَهُ وَأَصَابَ آخَرَ (وَلَوْ قَتَلَ الأَوَّلَ فَجَثَمَ عَلَيْهِ طَوِيلًا مِن النَّهَارِ، ثُمَّ مَرَّ بِهِ صَيْدٌ آخَرُ فَقَتَلَهُ، لَا يُؤْكَلُ الثَّانِي) لِانْقِطَاعِ الإِرْسَالِ بِمُكْثِهِ، إِذْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ حِيلَةً مِنْهُ لِلْأَخْذِ وَإِنَّمَا كَانَ اسْتِرَاحَةً، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ (وَلَوْ أَرْسَلَ بَازِيَهُ المُعَلَّمَ عَلَى صَيْدٍ فَوَقَعَ عَلَى شَيْءٍ، ثُمَّ اتَّبَعَ الصَّيْدَ فَأَخَذَهُ وَقَتَلَهُ: فَإِنَّهُ يُؤْكَلُ) وَهَذَا إِذَا لَمْ يَمْكُثْ زَمَانًا طَوِيلًا لِلِاسْتِرَاحَةِ، وَإِنَّمَا مَكَثَ سَاعَةً لِلتَّمْكِينِ لِمَا بَيَّنَّاهُ فِي الكَلْبِ (وَلَوْ أَنَّ بَازِيًا مُعَلَّمًا أَخَذَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ، وَلَا يُدْرَى أَرْسَلَهُ إِنْسَانٌ أَمْ لَا، لَا يُؤْكَلُ) لِوُقُوعِ الشَّكِّ فِي الإِرْسَالِ، وَلَا تَثْبُتُ الإِبَاحَةُ بِدُونِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ خَنَقَهُ الكَلْبُ وَلَمْ يَجْرَحْهُ، لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّ الجَرْحَ شَرْطٌ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهَذَا يَدُلُّكَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحِلُّ بِالكَسْرِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ

ومنها؛ أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه، وهو يقول: هو المحتاج إليّ فلا أذل له، وهكذا ينبغي للعاقل ألا يذل نفسه فيما يفعل لغيره.

ومنها؛ ألا يتعلم بالضرب، لكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد؛ فيتعلم بذلك، وهكذا ينبغي للعاقل أن يتعظ بغيره، كما قيل: السعيد من وعظ بغيره.

ومنها؛ ألا يتناول الخبيث، وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب، وهكذا ينبغي للعاقل ألا يتناول إلا الطيب.

ومنها؛ أنه يثب ثلاثًا أو خمسًا، فإن تمكن من الصيد أخذ وإلا ترك، ويقول: لا أقتل نفسي فيما أعمل لغيري، وهكذا ينبغي للعاقل، كذا في المبسوط(١).

قوله: (لوقوع الشك) في كونه ميتة أم لا؛ لأنه مال الغير.

(ولا تثبت الإباحة بدونه)؛ أي: بدون الإرسال ولا يعلم فيه خلاف.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٤٢).

إِذَا كَسَرَ عُضْوًا فَقَتَلَهُ: لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ؛ لِأَنَّهُ جِرَاحَةٌ بَاطِنَةٌ فَهِيَ كَالجِرَاحَةِ الظَّاهِرَةِ، وَجْهُ الأَوَّلِ: أَنَّ المُعْتَبَرَ جَرْحٌ يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِإِنْهَارِ الدَّمِ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِالكَسْرِ فَأَشْبَهَ التَّخْنِيقَ، قَالَ: (وَإِنْ شَارَكَهُ كَلْبٌ غَيْرُ مُعَلَّمٍ، أَوْ كَلْبُ مَجُوسِيٍّ أَوْ كَلْبٌ لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ) يُرِيدُ بِهِ عَمْدًا: (لَمْ يُؤْكَلْ) لِمَا رَوَيْنَا فِي حَدِيثِ عَدِيٍّ ﷺ، وَلِأَنَّهُ اجْتَمَعَ المُبِيحُ وَالمُحَرِّمُ فَيَغْلِبُ جِهَةُ الحُرْمَةِ نَصًّا، أَو احْتِيَاطًا (وَلَوْ رَدَّهُ عَلَيْهِ الكَلْبُ الثَّانِي، وَلَمْ يَجْرَحْهُ مَعَهُ، وَمَاتَ بِجَرْحِ الأَوَّلِ يُكْرَهُ أَكْلُهُ) لِوُجُودِ المُشَارَكَةِ فِي الأَخْذِ وَفَقْدِهَا فِي الجَرْحِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّهُ المَجُوسِيُّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ لَا يُكْرَهُ؛ لِأَنَّ فِعْلَ المَجُوسِيِّ لَيْسَ مِن جِنْسِ فِعْلِ الكَلْبِ، فَلَا تَتَحَقَّقُ المُشَارَكَةُ وَتَتَحَقَّقُ بَيْنَ فِعْلَيْ الكَلْبَيْنِ لِوُجُودِ المُجَانَسَةِ (وَلَوْ لَمْ يَرُدَّهُ الكَلْبُ الثَّانِي عَلَى الأَوَّلِ،

قوله: (فيغلب جهة الحرمة نصًّا) وهو قوله ﷺ: «ما اجتمعَ الحرامُ [والحلالُ][(١)] إلَّا وقد غلبَ الحرامُ الحلالَ»[(٢)].

قوله: (ما إذا رده) أي: الصيد (الكلب الثاني عليه) أي: على الكلب الأول، يعني الصيد يفر من الكلب الأول فاستقبله كلب آخر غير معلم أو كلب مجوسي فرده حتى أخذه الكلب الأول يكره أكله؛ لوجود المشاركة في الأخذ لا في الجرح. ثم قيل: كراهة تنزيه. وقيل: كراهة تحريم، وهو اختيار الإمام السَّرَخْسِي، والحلواني.

وعند الأئمة الثلاثة: يحل؛ لأن كلب المسلم انفرد بجرحه، وصار كما لو رمى المجوسي سهمه فرد الصيد، أو أمسك مجوسي شاة فذبحها المسلم، ولهذا لو صاد مسلم بكلب مجوسي يحل عند أكثر أهل العلم.

وعن أحمد في رواية: لا يباح، وكرهه جابر، والحسن، والنخعي، والثوري،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) قال ابن حجر في الدراية (٢/ ٢٥٤ رقم ٩٩٥): لم أجده مرفوعاً.
وأخرجه عبد الرزاق (٧/ ١٩٩ رقم ١٢٧٧٢) والبيهقي في السنن الكبرى (١٧/ ١٦٩ رقم ١٤٣٤٣) من طريق الشعبي قال: قال عبد الله ابن مسعود: «ما اجتمع حلال وحرام إلا غلب الحرام على الحلال». قال سفيان: «وذلك في الرجل يفجر بامرأة وعنده ابنتها أو أمها، فإذا كان ذلك فارقها» قال البيهقي: فيه جابر الجعفي ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع.

لَكِنَّهُ اشْتَدَّ عَلَى الأَوَّلِ حَتَّى اشْتَدَّ عَلَى الصَّيْدِ، فَأَخَذَهُ وَقَتَلَه لَا بَأسَ بِأَكْلِهِ)؛ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي أَثَرٌ فِي الكَلْبِ المُرْسَلِ دُونَ الصَّيْدِ، حَيْثُ ازْدَادَ بِهِ طَلَبًا فَكَانَ تَبَعًا لِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ فَلَا يُضَافُ الأَخْذُ إِلَى التَّبَعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَدَّهُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ تَبَعًا فَيُضَافُ إِلَيْهِمَا.

قَالَ: (وَإِذَا أَرْسَلَ المُسْلِمُ كَلْبَهُ، فَزَجَرَهُ مَجُوسِيٌّ فَانْزَجَرَ بِزَجْرِهِ، فَلَا بَأسَ بِصَيْدِهِ) وَالمُرَادُ بِالزَّجْرِ الإِغْرَاءُ بِالصِّيَاحِ عَلَيْهِ، وَبِالانْزِجَارِ إِظْهَارُ زِيَادَةِ الطَّلَبِ وَوَجْهُهُ: أَنَّ الفِعْلَ يُرْفَعُ بِمَا هُوَ فَوْقَهُ أَوْ مِثْلُهُ كَمَا فِي نَسْخِ الآيِ، وَالزَّجْرُ دُونَ الإِرْسَالِ لِكَوْنِهِ بِنَاءً عَلَيْهِ. قَالَ: (وَلَوْ أَرْسَلَهُ مَجُوسِيٌّ، فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ بِزَجْرِهِ

ومجاهد؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤]، وهذا لم يُعلِّمْهُ.

وقلنا: يحل كما لو صاد بقوسه أو سهمه أو ذبح بشفرته.

قوله: (**رده المجوسي بنفسه حيث لا يكره**)[1] وكذا لو رد عليه دابة أو طيرًا لا يكره؛ لأن فعل هؤلاء ليس من جنس فعل الكلب، أما لو رده كلب آخر غير معلم، أو سبع، أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يتعلم فيصاد به، فرد الصيد على الكلب أو فعل ما يكون معونة للكلب فأخذه الأول لم يؤكل؛ لأن مشاركة الكلب هكذا تكون، كذا في الإيضاح.

قوله: (**اشتد عليه**) أو صال؛ يعني صال كلب المجوسي على كلب المسلم حتى ازداد طلب كلب المسلم.

(**فكان تبعا لفعله**)؛ أي: لفعل الأول؛ لأنه مؤكد للأول.

قوله: (**لم يصر تبعًا**)؛ لأنه غير مؤكد للأول فيضاف القتل إليهما فلا يحل.

قوله: (**فرده مجوسي**). وفي الطلبة: زجر الكلب فانزجر؛ أي هيجه فهاج.

قوله: (**كما في نسخ الآي**)، وعرف ذلك في أصول الفقه.

قوله: (**لكونه**) أي: لكون الزجر (**بناء عليه**)؛ أي: على الإرسال، والإرسال يشترط دون الزجر، ولهذا تشترط التسمية عند الإرسال دون الزجر، فكان الاعتبار للإرسال.

---

(١) انظر المتن ص ٢٢٣.

لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّ الزَّجْرَ دُونَ الإِرْسَالِ، وَلِهَذَا لَمْ تَثْبُتْ بِهِ شُبْهَةُ الحُرْمَةِ فَأَوْلَى أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الحِلُّ، وَكُلُّ مَنْ لَا تَجُوزُ ذَكَاتُهُ كَالمُرْتَدِّ وَالمُحْرِمِ وَتَارِكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ المَجُوسِيِّ (وَإِنْ لَمْ يُرْسِلْهُ أَحَدٌ فَزَجَرَهُ مُسْلِمٌ فَانْزَجَرَ، فَأَخَذَ الصَّيْدَ. فَلَا بَأسَ بِأَكْلِهِ)؛ لِأَنَّ الزَّجْرَ مِثْلُ الِانْفِلَاتِ؛ ....

قوله: (ولهذا لم تثبت به) أي: بالزجر (شبهة الحرمة) وهو الكراهة [٢/٤٤٣/ب] مع أن الحرمة أسرع ثبوتًا.

فإن قيل: يشكل عليه أن المحرم لو زجر كلب حلال يجب عليه الجزاء، فلو كان الاعتبار للإرسال ينبغي ألا يجب، وكذا يشكل عليه المسألة الثانية، وهي قوله: (وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم...) إلى آخره، فاعتبر الزجر كالإرسال، فعلم أن له اعتبارًا.

قلنا: الجزاء يجب على المحرم بما هو أقل من الزجر وهو الدلالة، فبالزجر أولى.

وفي المسألة الثانية: الزجر إنما يعتبر مع الإرسال؛ لأنه أقوى منه، أما إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه فله اعتبار مع أن ما ذكر في مسألة الانفلات جواب الاستحسان.

وفي القياس: لا يحل؛ لأن الإرسال قام مقام الذكاة، ولم توجد حقيقة وحكمًا.

وفي الاستحسان: انزجاره عقب الزجر طاعة دلالة، فيجب اعتباره ويجعل كالإرسال؛ لأنه ما فيه إبطال السبب فيجعل إرسالًا، إليه أشار في جامع قاضي خان والمحبوبي.

ولأن فيه ضرورة؛ لأن الصائد كثيرًا ما يبتلى بهذا، فلو اشتغل بأخذه ليرسله يفوته الصيد، فاكتفى بالزجر.

الانفلات: خروج الشيء بغتة، والمراد هاهنا: خروج الكلب من يد صاحبه بغتة.

قوله: (لأن الزجر مثل الانفلات) من حيث إن كل واحد منهما غير مشروط

لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ دُونَهُ مِن حَيْثُ إِنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيْهِ، فَهُوَ فَوْقَهُ مِن حَيْثُ إِنَّهُ فِعْلُ الْمُكَلَّفِ، فَاسْتَوَيَا فَصَلُحَ نَاسِخًا (وَلَوْ أَرْسَلَ الْمُسْلِمُ كَلْبَهُ عَلَى صَيْدٍ وَسَمَّى، فَأَدْرَكَهُ فَضَرَبَهُ وَوَقَذَهُ، ثُمَّ ضَرَبَهُ فَقَتَلَهُ: أُكِلَ، وَكَذَا إِذَا أَرْسَلَ كَلْبَيْنِ فَوَقَذَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ أُكِلَ)؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ عَنِ الجَرْحِ بَعْدَ الجَرْحِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ التَّعْلِيمِ فَجُعِلَ عَفْوًا (وَلَوْ أَرْسَلَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَلْبًا، فَوَقَذَهُ أَحَدُهُمَا، وَقَتَلَهُ الآخَرُ أُكِلَ) لِمَا بَيَّنَّا (وَالمِلْكُ لِلْأَوَّلِ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ أَخْرَجَهُ عَنْ حَدِّ الصَّيْدِيَّةِ، إِلَّا أَنَّ الإِرْسَالَ مِن الثَّانِي بَعْدَ الخُرُوجِ عَن الصَّيْدِيَّةِ بِجُرْحِ الكَلْبِ الأَوَّلِ.

في حل الصيد، بخلاف الإرسال؛ (لأنه إن كان دونه) أي: لأن الزجر إن كان دون الانفلات من وجه (من حيث إن الزجر بناء على الانفلات فهو فوقه)؛ أي: الزجر فوق الانفلات من وجه آخر.

(من حيث إنه)؛ أي: الزجر (فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخًا)؛ أي: صلح الزجر ناسخًا للانفلات؛ لأن الزجر آخر المستويين، والنسخ يثبت بمثل بعده، كما في نسخ الآي، فلذلك زجر المسلم بعد الانفلات، وإنما يغلب المحرم على المبيح إذا لم يعرف تأخر المبيح، أما إذا علم أن المبيح مؤخر يجعل ناسخًا للأول لا محالة، وبقولنا قال أحمد، ومالك في رواية.

وقال الشافعي: إن وقف بعده وأخره، ثم أشلاه فأشْلَى وأخذ الصيد حَلَّ، وإن لم يقف لكن زاد في عدوه بزجره لم يحل، وبه قال مالك؛ لما ذكرنا من وجه القياس.

قوله: (ووقذه) يقال: وقذ الصيد إذا أثخنه أي: ضعَّفه ووهنه.

قوله: (لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم)؛ لأنه في وسعه تعليمه على وجه يمتنع عن الجرح بعد جرح فجعل عفوًا، وهذا يشمل فصل كلب وكلبين، وهذا جواب شبهة ترد فيهما، وهي أن الضربة الثانية التي قُتل الكلب بها إنما حصل بعد الإثخان الذي أخرجه من الصيدية، فينبغي ألا يحل.

فأجاب عنه وقال: (لأن الامتناع...) إلى آخره.

قوله: (لما بينا) وهو أن جرح الكلب مما لا يمكن الاحتراز عنه، فصار كأنه حصل بفعل واحد.

فَصْلٌ فِي الرَّمْيِ

(وَمَنْ سَمِعَ حِسًّا ظَنَّهُ حِسَّ صَيْدٍ فَرَمَاهُ، أَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا أَوْ بَازِيًا عَلَيْهِ فَأَصَابَ صَيْدًا، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ صَيْدٍ، حَلَّ الْمُصَابُ) أَيَّ صَيْدٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الِاصْطِيَادَ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ خَصَّ مِن ذَلِكَ الخِنْزِيرَ لِتَغْلِيظِ التَّحْرِيمِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا تَثْبُتُ

فَصْلٌ فِي الرَّمْيِ

أخَّر الرمي لما ذكرنا أنه يحصل بالجماد وهو دون الحيوان.

وفي [الصحاح][1]: الحس والحسيس: الصوت الخفي.

قوله: (أيَّ صيد كان) وانتصاب أيَّ بأنه خبر كان، تقديره بأن المسموع (حس)؛ أيَّ صيدٍ كان، سواء كان مأكول اللحم أو غيره، كذا في مبسوط شيخ الإسلام، والمحيط، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي النهاية: لا بد هاهنا من قيد، وإلا يلزم على إطلاقه ما لو كان المسموع حس سمكة فظنه طير الماء، أو حس جراد فظنه صيدًا، ثم أصاب الرمي الصيد لم يحل المصاب، ذكره في المغني.

فيزيد قيدًا عليه بأن يقول: تبين أنه حس صيد يحتاج في أكله إلى الذبح أو الجراد كان حلالًا، وترك المصنف ذلك القيد لتسارع أفهام الناس في الاصطياد إلى ما يشترط ذبحه أو جرحه [من][2] الصيود، ثم لما ظهر أن المسموع حس سمكة أو جراد لا يحل المصاب؛ لأنه لا تقع عليهما الذكاة والرمي، فكان الرمي وتركه سواء، فلو ترك الرمي ثم وجد صيدًا ميتًا لا يحل، فكذا هذا، إليه أشار في الذخيرة.

قوله: (وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير) حتى لو كان الحس حس خنزير لا يحل المصاب، بخلاف سائر السباع؛ لأن فعله في سائر السباع مؤثر في طهارة الجلد، فجاز أن يؤثر في إباحة لحم ما أصابه، كذا في الذخيرة، والمحيط.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

الإِبَاحَةُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ بِخِلَافِ السِّبَاعِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَثِّرُ فِي جِلْدِهَا، وَزُفَرُ خَصَّ مِنْهَا مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ؛ لِأَنَّ الإِرْسَالَ فِيهِ لَيْسَ لِلْإِبَاحَةِ، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ اسْمَ الِاصْطِيَادِ لَا يَخْتَصُّ بِالمَأْكُولِ، فَوَقَعَ الفِعْلُ اصْطِيَادًا وَهُوَ فِعْلٌ مُبَاحٌ فِي نَفْسِهِ، وَإِبَاحَةُ التَّنَاوُلِ تَرْجِعُ إِلَى المَحَلِّ فَتَثْبُتُ بِقَدْرِ مَا يَقْبَلُهُ لَحْمًا وَجِلْدًا، وَقَدْ لَا تَثْبُتُ إِذَا لَمْ يَقْبَلْهُ، وَإِذَا وَقَعَ اصْطِيَادًا صَارَ كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ غَيْرَهُ (وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حِسُّ آدَمِيٍّ أَوْ حَيَوَانٍ أَهْلِيٍّ، لَا يَحِلُّ المُصَابُ)؛ لِأَنَّ الفِعْلَ لَيْسَ بِاصْطِيَادٍ (وَالطَّيْرُ الدَّاجِنُ الَّذِي يَأْوِي البُيُوتَ أَهْلِيٌّ، وَالظَّبْيُ المُوَثَّقُ بِمَنْزِلَتِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوْ رَمَى إِلَى طَائِرٍ، فَأَصَابَ صَيْدًا، وَمَرَّ الطَّائِرُ وَلَا يَدْرِي وَحْشِيٌّ هُوَ أَوْ غَيْرُ وَحْشِيٍّ حَلَّ الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ فِيهِ التَّوَحُّشُ (وَلَوْ رَمَى إِلَى بَعِيرٍ فَأَصَابَ صَيْدًا وَلَا يَدْرِي نَادٌّ هُوَ أَمْ لَا، لَا يَحِلُّ الصَّيْدُ)؛ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ الِاسْتِئْنَاسُ (وَلَوْ رَمَى إِلَى سَمَكَةٍ أَوْ جَرَادَةٍ فَأَصَابَ صَيْدًا

(وزفر خص منها)؛ أي[1]: من جملة المسموع حسه؛ لأن الإرسال فيما لا يؤكل لحمه لا يتعلق له حكم الإباحة، فكان هو والآدمي سواء.

ووجه الظاهر وهو الصحيح: أن فعل الإنسان في كل [٢/ ٤٤٤/أ] متوحش اصطياد، فأما حل التناول فباعتبار صفة في المحل، وقد صادف رميه محل الحل فيحل.

وقوله: (ما بيناه) إشارة إلى قوله: (لأن الفعل ليس باصطياد).

قوله: (والظبي الموثق) أي: المشدود، يقال: وثقه أي: شده بالوثاق (بمنزلته) أي: بمنزلة الآدمي.

(ولو رمى [إلى][2] طائر) إلى آخره في الذخيرة.

نظيره ما إذا سمع حسًّا ظن أنه حس صيد، فأرسل كلبه أو بازيه أو رماه، ولكن لم يتبين صاحب الحس لا يحل المصاب؛ لاحتمال أن يكون صاحب الحس آدميًّا.

---

(١) في الأصل: (أن)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

يَحِلُّ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ)؛ لِأَنَّهُ صَيْدٌ، وَفِي أُخْرَى عَنْهُ: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لَا ذَكَاةَ فِيهِمَا (وَلَوْ رَمَى فَأَصَابَ الْمَسْمُوعَ حِسُّهُ، وَقَدْ ظَنَّهُ آدَمِيًّا، فَإِذَا هُوَ صَيْدٌ يَحِلُّ)؛

قوله: (يحل في رواية عن أبي يوسف)، وفي فتاوى قاضي خان.

(وإن رمى)؛ أي: السمكة والجراد بدون التسمية يحل في رواية عنه وهو الصحيح، وفي رواية ابن رستم عن أبي يوسف لا يحل، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنه لا تقع الذكاة عليهما، فالرمي وعدمه سواء، فلا يحل بدون التسمية والرمي، ولو رمى إلى بعير أو بقر أو معز أهلي أو آدمي، فأصاب صيدًا لا رواية في الأصل لهذا.

ولأبي يوسف رحمه الله قولان: في قول يحل، وفي قول لا يحل، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لعدم قصده إلى الإرسال إلى صيد.

قوله: (فأصاب)؛ أي: السهم المسموع حسه **(وقد ظنه آدميًّا)** أو بهيمة يحل؛ لأنه لا معتبر لظنه.

وقال مالك، وأحمد، ومحمد في رواية: لا يحل. وقال الشافعي في الرمي يحل، وفي الكلب وجهان، وكذا لو ظنه خنزيرًا أو كلبًا لا يحل المصاب عندهم.

لهم؛ أنه ما قصد الاصطياد فلم يحل، كما لو رمى هدفًا فأصاب صيدًا.

وقلنا: رميه حقيقة اصطياد فلم يعتبر بالظن المخالف لفعله الذي هو اصطياد حقيقة، وهذا معنى قوله: ولا معتبر لظنه مع تعينه أي: تعينه اصطيادًا حقيقة.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة والتي تقدمت من تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي، حيث لا يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمي الآدمي، وفي هذه المسألة قصد رميه، ورميه ليس باصطياد؛ لأنه لما حلَّ المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمي ففي الذي لم يقترن به ظن الآدمي أولى؟

قلنا: مقتضى القياس ذلك، ولهذا ذكر الحرمة في الصورتين.

في الذخيرة، والمغني: محالًا إلى المنتقى فقال في التعليل في الصورتين؛

لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِظَنِّهِ مَعَ تَعَيُّنِهِ (فَإِذَا سَمَّى الرَّجُلُ عِنْدَ الرَّمْيِ أَكَلَ مَا أَصَابَ إِذَا جَرَحَ السَّهْمُ فَمَاتَ)؛ لِأَنَّهُ ذَابِحٌ بِالرَّمْيِ، لِكَوْنِ السَّهْمِ آلَةً لَهُ فَتُشْتَرَطُ التَّسْمِيَةُ عِنْدَهُ، وَجَمِيعُ الْبَدَنِ مَحَلٌّ لِهَذَا النَّوْعِ مِنَ الذَّكَاةِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْجُرْحِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الذَّكَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ قَالَ: (وَإِذَا أَدْرَكَهُ حَيًّا ذَكَّاهُ) وَقَدْ بَيَّنَّاهَا بِوُجُوهِهَا، وَالِاخْتِلَافِ فِيهَا فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ فَلَا نُعِيدُهُ. قَالَ: (وَإِنْ وَقَعَ السَّهْمُ بِالصَّيْدِ فَتَحَامَلَ حَتَّى غَابَ عَنْهُ،

لأنه رمى وهو لا يريد الصيد، فعلى هذه الرواية لا فرق بينهما، وعلى رواية هذا الكتاب والمبسوط، وفتاوى قاضي خان.

فالفرق هو الذي ذكره في الكتاب أن فعله وقع اصطيادًا حقيقة، فلم يعتبر الظن المخالف للحقيقة؛ إذ قد وجد القصد حقيقة بخلاف المسألة الأولى، فإن سهمه أصاب إلى غير المسموع حسه، وكان قصده إلى المسموع، والمسموع حسه ليس بصيد، فكان فعله متوجهًا إلى غير الصيد بالنظر إلى فعله الذي توجه إلى المسموع حسه، وهو ليس بصيد فلم يكن اصطيادًا فلا يحل المصاب، كذا قيل وفيه نوع تأمل.

قوله: (على ما بيناه)؛ إشارة إلى ما قال في فصل الجوارح بقوله: **(ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية)** وهو قول أكثر أهل العلم.

قوله: (فلا نعيده) أي: الاختلاف.

وفي الذخيرة: إذا رمى صيدًا فأصابه ووقع عند مجوسي مقدار ما يقدر على ذبحه ومات لا يحل؛ لأنه قادر على ذبحه بتقديم الإسلام، فلم يكتف بالذكاة الاضطرارية، وكذا لو وقع عند نائم، والنائم بحال لو كان مستيقظًا يقدر على تذكيته فمات لا يحل عند أبي حنيفة، فأبو حنيفة رحمه الله يجعل النائم كاليقظان في مسائل منها هذه المسألة.

(فتحامل) في المشي أن يتكلفه على مشقة وإعياء، ومنه تحامل الصيد أي: يتكلف الطيران من الحمل، يعني يحمل الصيد نفسه على تكلف المشي والطيران

وَلَمْ يَزَلْ فِي طَلَبِهِ حَتَّى أَصَابَهُ مَيِّتًا: أُكِلَ، وَإِنْ قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ ثُمَّ أَصَابَهُ مَيِّتًا لَمْ يُؤْكَلْ)، لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «أَنَّهُ كَرِهَ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنْ

كذا في المغرب.

وفي بعض الفوائد: فائدة ذكر التحامل أنه لو غاب وتوارى بدونه فوجده ميتًا لا يحل ما لم يعلم جرحه يقينا.

قوله: (**لم يزل في طلبه حتى أصابه مَيِّتًا أكل**) استحسانا، والقياس: لا يحل، وهو قول الشافعي، وأحمد في رواية، وعطاء والثوري.

وعن أصحاب الشافعي: فيه قولان؛ لاحتمال أنه كان بسبب آخر.

يؤيده قول ابن عباس: كل ما أصميتَ وما أنميتَ فلا تأكل. والإنماء: أن يغيب عنك، والمراد بالإصماء؛ الموت في الحال.

قلنا: إنه ﷺ مرَّ بالرَّوحاءِ على حمارِ وحشٍ عقيرٍ فتبادر أصحابه إليه، فقال ﷺ: «**دَعوهُ فسَيأتي صاحِبُهُ**»[1] فجاء رجل فقال [٢/ ٤٤٤/ب] هذه [رميتي][2] وأنا في طلبها وقد جعلتها لك، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر فقسمها بين الرفاق.

ولأن الاحتراز عنه غير ممكن؛ لأن الاصطياد غالبًا يكون في المشاجر والبراري فلا بد من التواري، فأبحناه إذا لم يغفل عن طلبه، ولو قعد عن طلبه ثم أصابه ميتًا لم يحل.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: يحل إذا غاب نهارًا؛ لأن لموته سببًا ظاهرًا وهو الجرح فيحلُّ، كما لو جرح إنسانًا، فلم يزل صاحب فراش حتى مات يُجعل قاتلًا، وإن احتمل الموت بسبب آخر؛ إذ الموهوم لا يعارض

(١) أخرجه النسائي (٧/ ٢٠٥ رقم ٤٣٤٤) من حديث عُمَير بن سَلَمَةَ الضَّمْرِيِّ قال: بيْنَا نحن نسير مع رسول الله ﷺ ببعض أثَايَا الرَّوحَاءِ وهم حُرُمٌ، إذا حمارُ وحشٍ معقُورٌ، فقال رسول الله ﷺ: «دعوهُ فيوشِكُ صاحبُهُ أن يأتيَهُ»، فجاء رجل من بهز هو الذي عقرَ الحمار، فقال: يا رسول الله، شأنكم هذا الحمارُ؟، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر يُقَسِّمُهُ بين الناس. قال ابن حجر في الفتح (٤/ ٣٣): أخرجه مالك وأصحاب السنن وصحَّحه بن خزيمة وغيره.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الرَّامِي وَقَالَ: لَعَلَّ هَوَامَّ الأَرْضِ قَتَلَتْهُ» وَلِأَنَّ احْتِمَالَ المَوْتِ بِسَبَبٍ آخَرَ قَائِمٌ، فَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَحِلَّ أَكْلُهُ؛ ....

المتحقق.

وعن مالك: إن وجد في يومه يحل، وبعده لا؛ لما روي عن ابن عباس أنه قال: إن رميت فوجدت فيه سهمك من يومك أو ليلتك فَكُلْ، وإن غاب عنك ليلة فلا تأكل فإنك لا تدري ما حدث فيه بعدك.

وقال أحمد في رواية: يحل بعده أيضًا، وبه قال بعض أصحاب الظاهر، ولما روى عدي أنه ﷺ قال: «**إذا رميتَ الصيدَ فوجدتَهُ بعدَ يوم أو يومينِ ليسَ بِهِ إلّا أثرُ سهمِكَ فَكُلْ، وإن وجدتَهُ غريقًا في الماءِ لا تأكُلْ**» متفقٌ عليه[١].

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رجلًا أتى النبيَّ ﷺ فقال: يا رسول الله، أفْتِنِي في سهمي، فقال ﷺ: «**ما ردَّ عليكَ سهمُكَ فَكُلْ**»، قال: وإن تغيَّب عني؟ قال: «**وإن تغيَّب عنكَ ما لم تَجِدْ أثرًا فيه غيرَ سهمِكَ وتجدْهُ قد ضَلَّ**» رواه أبو داود[٢].

ولنا؛ ما روي أنه ﷺ أُهدِيَ صيدًا فقال للمُهدِي: «**مِن أينَ لكَ هذا؟**» قال: كنت رميته بالأمس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتًا وفيه مَرْوِي - أي: رمحي الصغير -؟ فقال: «**لَا أدرِي لعلَّ بعضَ هَوامِّ الأرضِ أعانَكَ علَى قتلِهِ فلَا حاجةَ لِي فيه**»[٣].

وما روي عن ابن عباس أنه قال: كُلْ ما أصْمَيتَ ودَعْ ما أنْمَيْتَ، إلا [أن][٤] ما لا يستطاع الامتناع عنه عفو، وترك الطلب مما يستطاع الامتناع عنه

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ٨٧ رقم ٥٤٨٤) ومسلم (٣/ ١٥٣١ رقم ١٩٢٩) من حديث عَدِيِّ بن حاتم رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ١١٠ رقم ٢٨٥٧) والنسائي (٧/ ١٩١ رقم ٤٢٩٦) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
قال ابن حجر: إسناده قوي. الدراية (٢/ ٢٥٤ رقم ٩٩٥).

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل (ص: ٢٨٠) عن الشعبي مرسلًا.

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّ الْمَوْهُومَ فِي هَذَا كَالْمُتَحَقِّقِ لِمَا رَوَيْنَا، إِلَّا أَنَّا أَسْقَطْنَا اعْتِبَارَهُ مَا دَامَ فِي طَلَبِهِ ضَرُورَةَ أَنْ لَا يَعْرَى الِاصْطِيَادُ عَنْهُ، وَلَا ضَرُورَةَ فِيمَا إِذَا قَعَدَ عَنْ طَلَبِهِ لِإِمْكَانِ التَّحَرُّزِ عَنْ تَوَارٍ يَكُونُ بِسَبَبِ عَمَلِهِ، وَالَّذِي رَوَيْنَاهُ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ فِي قَوْلِهِ: إِنَّ مَا

عفوا، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها، كذا في المبسوط[١].

قوله: (**لأن الموهوم في هذا**) جواب عن سؤال الشافعي أن الموهوم لا يعارض المتحقق يعني الموهوم في باب الصيد كالمتحقق في حق الحل والحرمة بدليل قوله ﷺ: «**لعلَّ هوامَّ الأرضِ قَتلَهُ**».

وقوله: (**لما روينا**) إشارة إلى هذا الحديث (**إلا أسقطنا اعتباره**)[٢]؛ أي: اعتبار الموهوم ما دام في طلبه.

(**ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه**)؛ أي: عن التغييب عن بصره خصوصًا في الغياض والمشاجر والبراري والطير بعد إصابة السهم يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره؛ فيسقط اعتباره ضرورة إذا كان في طلبه؛ لأن الطالب كالواجد، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه؛ لأنه لو لم يقعد عن طلبه، وجده حيًّا فذكاه؛ فمن هذا الوجه يكون بالقعود كالتارك للذكاة الاختيارية، ولأنه لو قعد يكون التواري بسبب عمله وممكن الاحتراز عن ذلك التواري؛ بأن يتبع أثره ولا يشتغل بعمل آخر، كذا في المبسوط[٣].

ويحمل حديث علي وحديث عمرو بن شعيب على ما إذا لم يقعد عن طلبه؛ بدليل ما روينا من أثر ابن عباس حتى يكون عملا بالدلائل بقدر الإمكان، وما ذكر ابن حزم أن الذي رويتم مرسل غير مُسلَّمٍ، ولئن سُلِّمَ فالمرسل عندنا حجة.

قوله: (**والّذي رويناه**) وهو أنه ﷺ كره أكل ما غاب... الحديث حجة على مالك، وفيه نوع تأمل.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٣٠).
(٢) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (إلا أنَّا أسقطنا اعتباره).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٤٠).

تَوَارَى عَنْهُ إذَا لَمْ يَبِتْ يَحِلُّ، فَإِذَا بَاتَ لَيْلَةً لَمْ يَحِلَّ (وَلَوْ وَجَدَ بِهِ جِرَاحَةً سِوَى جِرَاحَةِ سَهْمِهِ لَا يَحِلُّ)؛ لِأَنَّهُ مَوْهُومٌ يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ فَاعْتُبِرَ مُحَرَّمًا، بِخِلَافِ وَهْمِ الهَوَامِّ، وَالجَوَابُ فِي إرْسَالِ الكَلْبِ فِي هَذَا كَالجَوَابِ فِي الرَّمْيِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا رَمَى صَيْدًا، فَوَقَعَ فِي المَاءِ، أَوْ وَقَعَ عَلَى سَطْحٍ، أَوْ جَبَلٍ، ثُمَّ تَرَدَّى مِنْهُ إلَى الأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ)؛ لِأَنَّهُ المُتَرَدِّيَةُ وَهِيَ حَرَامٌ بِالنَّصِّ، وَلِأَنَّهُ احْتَمَلَ المَوْتَ بِغَيْرِ الرَّمْيِ؛ إذ المَاءُ مُهْلِكٌ، وَكَذَا السُّقُوطُ مِن عَالٍ، يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لِعَدِيٍّ ﷺ: «وَإِنْ وَقَعَتْ رَمِيَّتُك فِي المَاءِ فَلَا تَأْكُلْ، فَإِنَّك لَا تَدْرِي أَنَّ المَاءَ قَتَلَهُ أَوْ سَهْمُك» ....

قوله: (ولو وجد به جراحة)؛ أي فيما هو في طلبه عندنا، وعند أحمد إذا لم يكن في طلبه أيضًا لا يحل، ولا يعلم فيه خلاف.

(ولأنه)؛ أي موته (بجراحة سوى جراحة سهمه موهوم يمكن الاحتراز عنه) إذ يتصور خروج الاصطياد عنه؛ فاجتمع فيه موجب الحل وموجب الحرمة؛ فيغلب المحرم احتياطا كذا في الإيضاح.

مع أن الموهوم كالمتحقق في هذا الباب لما روينا (بخلاف وهم الهوام)؛ لأن الاحتراز عنه غير ممكن؛ لأن الصيد لا بد أن يقع على الأرض، والأرض لا تخلو عن الهوام فسقط اعتبار هذا الموهوم كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

(ثم تردى منه إلى الأرض) قيد به؛ لأنه لو وقع على الجبل أو السطح ابتداء، واستقر عليه ولم يتَرَدَّ يحلُّ بلا خلاف، وهذا أيضًا إذا تردى ولم يقع الجرح مُهلِكًا في الحال أما لو وقع الجرح مهلكا وبقي فيه من الحياة بقدر ما في المذبوح ثم تردى يحل أيضًا كما يجيء.

قوله: (من عالٍ) وفي بعض النسخ (من علو) يروى بكسر الواو وضمها وفتحها، و(من علي) وفيه ثمان [٢/ ٤٤٥/أ] لغات؛ من علٍ ومن علا ومن علُ ومن علوٍّ بالحركات الثلاث كذا في الصحاح[١].

---

(١) الصحاح للجوهري (٦/ ٢٤٣٤).

(وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ ابْتِدَاءً أُكِلَ)؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ، وَفِي اعْتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ الِاصْطِيَادِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، فَصَارَ الأَصْلُ: أَنَّ سَبَبَ الحُرْمَةِ وَالحِلِّ إِذَا اجْتَمَعَا وَأَمْكَنَ التَّحَرُّزُ عَمَّا هُوَ سَبَبُ الحُرْمَةِ تُرَجَّحُ جِهَةُ الحُرْمَةِ احْتِيَاطًا، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ جَرَى وُجُودُهُ مَجْرَى عَدَمِهِ؛ لِأَنَّ التَّكْلِيفَ بِحَسَبِ الوُسْعِ، فَمِمَّا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ إِذَا وَقَعَ عَلَى شَجَرٍ أَوْ حَائِطٍ أَوْ آجُرَّةٍ ثُمَّ وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ أَوْ رَمَاهُ، وَهُوَ عَلَى جَبَلٍ فَتَرَدَّى مِن مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ حَتَّى تَرَدَّى إِلَى الأَرْضِ، أَوْ رَمَاهُ فَوَقَعَ عَلَى رُمْحٍ مَنْصُوبٍ أَوْ عَلَى قَصَبَةٍ قَائِمَةٍ أَوْ عَلَى حَرْفِ آجُرَّةٍ، لِاحْتِمَالِ أَنَّ حَدَّ هَذِهِ الأَشْيَاءِ قَتَلَهُ، وَمِمَّا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ، إِذَا وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ عَلَى مَا هُوَ مَعْنَاهُ كَجَبَلٍ، أَوْ ظَهْرِ بَيْتٍ، أَوْ لَبِنَةٍ مَوْضُوعَةٍ، أَوْ صَخْرَةٍ فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ وُقُوعَهُ عَلَيْهِ وَعَلَى الأَرْضِ سَوَاءٌ، وَذُكِرَ فِي المُنْتَقَى: لَوْ وَقَعَ عَلَى صَخْرَةٍ فَانْشَقَّ بَطْنُهُ، لَمْ يُؤْكَلْ، لِاحْتِمَالِ المَوْتِ بِسَبَبٍ آخَرَ، وَصَحَّحَهُ الحَاكِمُ الشَّهِيدُ، وَحُمِلَ مُطْلَقُ المَرْوِيِّ فِي الأَصْلِ عَلَى غَيْرِ حَالَةِ الِانْشِقَاقِ، وَحَمَلَهُ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رحمه الله عَلَى مَا أَصَابَهُ حَدُّ الصَّخْرَةِ،

قوله: (وإن وقع على الأرض ابتداء) يعني رمى صيدا على رأس الجبل أو على شجرة أو في الهواء؛ فوقع على الأرض ومات حَلَّ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور.

وقال مالك: لا يحل إلا أن تكون الجراحة مهلكة أو يموت قبل سقوطه لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ﴾ [المائدة:٣]؛ لأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب المحرم، كما لو غرق في الماء.

وقلنا: إنه صيد مات بالإصابة، ولا يمكن الاحتراز عن سقوطه على الأرض بخلاف ما لو غرق؛ لأنه يمكن الاحتراز عنه وهو قاتل بخلاف الأرض فإنه غير قاتل.

قوله: (وحمله شمس الأئمة) أي ما ذكر في المنتقى **(على ما أصابه حد الصخرة)** يعني ليس هذا اختلاف الرواية.

فَانْشَقَّ بَطْنُهُ بِذَلِكَ، وَحَمَلَ الْمَرْوِيَّ فِي الْأَصْلِ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُصِبْهُ مِن الْآجُرَّةِ إِلَّا مَا يُصِيبُهُ مِن الْأَرْضِ لَوْ وَقَعَ عَلَيْهَا، وَذَلِكَ عَفْوٌ، وَهَذَا أَصَحُّ، وَإِنْ كَانَ الطَّيْرُ مَائِيًّا، فَإِنْ كَانَتْ الجِرَاحَةُ لَا تَنْغَمِسُ فِي المَاءِ: أُكِلَ، وَإِن انْغَمَسَتْ لَا يُؤْكَلُ كَمَا إِذَا وَقَعَ فِي المَاءِ. قَالَ: (وَمَا أَصَابَهُ المِعْرَاضُ بِعَرْضِهِ لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ جَرَحَهُ يُؤْكَلُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيهِ: «مَا أَصَابَ بِحَدِّهِ فَكُلْ، وَمَا أَصَابَ بِعَرْضِهِ فَلَا تَأْكُلْ» وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن الجُرْحِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الذَّكَاةِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ.

قَالَ: (وَلَا يُؤْكَلُ مَا أَصَابَتْهُ البُنْدُقَةُ، فَمَاتَ بِهَا)؛ لِأَنَّهَا تَدُقُّ وَتَكْسِرُ وَلَا تَجْرَحُ، فَصَارَ كَالمِعْرَاضِ إِذَا لَمْ يَخْزِقْ، وَكَذَلِكَ إِنْ رَمَاهُ بِحَجَرٍ، وَكَذَا إِنْ جَرَحَهُ

قوله: (ولو وقع عليها)؛ أي على (ما يصيبه من الأرض وذلك عفو)؛ أي كما إذا وقع على الأرض انشق بطنه.

قوله: (كما إذا وقع في الماء) يعني طير غير المائي إذا وقع في الماء لا يحل؛ لاحتمال الموت بسبب آخر؛ فكذا طير الماء إذا انغمست جراحته لا يحل لاحتمال الموت بالماء كذا في المبسوط[١]، وبه قالت الأئمة الثلاثة إذا كانت جراحة غير مهلكة، أما إذا كانت مهلكة يحل عند الشافعي ومالك.

المعراض: سهم لا ريش له يمشي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده، كذا في المغرب[٢].

وفيه أيضًا: البندقة طينة مدورة يرمي بها، ويقال لها: الحلاهق[٣].

قوله: (إذا لم يخزق) بالزاي، يقال: خزق المعراض أي نفذ، وبالراء المهملة تصحيف.

وفي المبسوط[٤]: بالزاي يُستعمل في الحيوان، وبالراء المهملة في الثوب، والأصل فيه ما روى عَدِيٌّ قال: سُئِلَ رسول الله ﷺ عن صيد المِعْرَاضِ؟ فقال: **«ما خزقَ - بالزّاي - فكُلْ، وما قتلَ بمعراضِهِ فهْوَ وقيذٌ لا تَأكُلْ»**، متفق

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٢٤).
(٢) المغرب للمطرزي (ص: ١٤٤).
(٣) المغرب للمطرزي (ص: ٥٥).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٢٢).

قَالُوا: تَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَ ثَقِيلًا وَبِهِ حِدَّةٌ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِثِقَلِهِ، وَإِنْ كَانَ الحَجَرُ خَفِيفًا وَبِهِ حِدَّةٌ يَحِلُّ، لِتَعَيُّنِ المَوْتِ بِالجَرْحِ، وَلَوْ كَانَ الحَجَرُ خَفِيفًا، وَجَعَلَهُ طَوِيلًا كَالسَّهْمِ وَبِهِ حِدَّةٌ فَإِنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُهُ بِجَرْحِهِ، وَلَوْ رَمَاهُ بِمَرْوَةٍ حَدِيدَةٍ وَلَمْ تُبْضِعْ بِضْعًا: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ دَقًّا، وَكَذَا إِذَا رَمَاهُ بِهَا فَأَبَانَ رَأْسَهُ، أَوْ قَطَعَ أَوْدَاجَهُ؛ لِأَنَّ العُرُوقَ تَنْقَطِعُ بِثِقَلِ الحَجَرِ كَمَا تَنْقَطِعُ بِالقَطْعِ فَوْقَ الشَّكِّ، أَوْ لَعَلَّهُ مَاتَ قَبْلَ قَطْعِ الأَوْدَاجِ، وَلَوْ رَمَاهُ بِعَصًا، أَوْ بِعُودٍ حَتَّى قَتَلَهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُهُ ثِقَلًا لَا جُرْحًا، اللَّهُمَّ إِلَّا إِذَا كَانَ لَهُ حِدَّةٌ يُبْضِعُ بَضْعًا فَحِينَئِذٍ لَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ السَّيْفِ وَالرُّمْحِ، وَالأَصْلُ فِي هَذِهِ المَسَائِلِ: أَنَّ المَوْتَ إِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَى الجَرْحِ بِيَقِينٍ كَانَ الصَّيْدُ حَلَالًا، وَإِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَى الثِّقَلِ بِيَقِينٍ: كَانَ حَرَامًا، وَإِنْ وَقَعَ الشَّكُّ وَلَا يَدْرِي مَاتَ بِالجُرْحِ، أَوْ بِالثِّقَلِ. كَانَ حَرَامًا احْتِيَاطًا، وَإِنْ رَمَاهُ بِسَيْفٍ، أَوْ بِسِكِّينٍ، فَأَصَابَهُ بِحَدِّهِ فَجَرَحَهُ: حَلَّ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِقَفَا السِّكِّينِ، أَوْ بِمِقْبَضِ السَّيْفِ: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ دَقًّا، وَالحَدِيدُ وَغَيْرُهُ فِيهِ سَوَاءٌ،وَلَوْ رَمَاهُ فَجَرَحَهُ وَمَاتَ بِالجُرْحِ، إِنْ كَانَ الجُرْحُ مُدْمِيًا: يَحِلُّ بِالاتِّفَاقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُدْمِيًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ بَعْضِ المُتَأَخِّرِينَ، سَوَاءٌ كَانَتِ الجِرَاحَةُ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً؛ لِأَنَّ الدَّمَ قَدْ يَحْتَبِسُ بِضِيقِ المَنْفَذِ أَوْ غِلَظِ الدَّمِ، وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ يُشْتَرَطُ الإِدْمَاءُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَا

عليه[(١)]، وهو قول أكثر أهل العلم.

وقال الأوزاعي وأهل الشام: يباح ما قتله بعرضه وَحَدِّهِ، وقال ابن عمر: كلاهما موقوذة، وبه قال الحسن، ولا خلاف في سائر آلات الجراحة؛ لأنها إن قتلت بعرضها ولم يُجرَح لا يحل، وإن جرح لا يحل لأنها إذا لم تجرحه فإنما يقتل بثقله فأشبه ما أصاب بعرض المعراض.

المروة؛ حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به والبضع القطع و(**اللَّهُمَّ**)؛ كلمة استثناء يؤتى بها فيما إذا كان المستثنى عزيزا نادرًا.

قوله: (**وغِلَظِ الدم**) إذ ليس في وسعه إنهار الدم حقيقة بل في وسعه

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

أَنْهَرَ الدَّمَ وَأَفْرَى الأَوْدَاجَ فَكُلْ» شَرَطَ الإِنْهَارَ، وَعِنْدَ بَعْضِهِمْ: إِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً حَلَّ بِدُونِ الإِدْمَاءِ، وَلَوْ ذَبَحَ شَاةً وَلَمْ يَسِلْ مِنْهُ الدَّمُ، قِيلَ: لَا تَحِلُّ، وَقِيلَ: تَحِلُّ وَوَجْهُ القَوْلَيْنِ دَخَلَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ وَإِذَا أَصَابَ السَّهْمُ ظِلْفَ الصَّيْدِ أَوْ قَرْنَهُ، فَإِنْ أَدْمَاهُ حَلَّ، وَإِلَّا فَلَا، وَهَذَا يُؤَيِّدُ بَعْضَ مَا ذَكَرْنَاهُ قَالَ: (وَإِذَا رَمَى صَيْدًا، فَقَطَعَ عُضْوًا مِنْهُ:

الجراحة الموجبة للإنهار وقد يكون عدم الإنهار بسبب بأن أكل ورق العناب حكي عن واحد من الثقات أنه ذبح عنزة وكان علفه ورق العناب فلم يخرج منه الدم، كذا في المبسوط[(١)].

قوله: (**وإن كانت صغيرة**) لا بد من الإدماء لأنها إذا كانت صغيرة فعدم الخروج لضيق لا لعدم الدم بخلاف ما إذا كانت كبيرة فلا يكون عدم الخروج (**لضيق المنفذ**) بل لعدم الدم وخروج الدم حال وجود الدم في الحيوان شرط لا حال عدم وجوده.

(**قيل: لا تحل**)، وهو قول أبي القاسم الصّفّار؛ لانعدام معنى الذكاة وهو إنهار الدم النجس، وقال ﷺ: «**ما أنهرَ الدَّمَ وأفْرَى الأوداجَ فكُلْ**»[(٢)].

(**وقيل: تحل**) وهو قول أبي بكر الإسكاف؛ لوجود فعل الذكاة على ما قال ﷺ: «**الذَّكَاةُ ما بينَ اللَّبَّةِ واللَّحيَيْنِ**»[(٣)] وقد يمتنع خروج الدم لغلظه أو لحابس يحبسه، كما إذا أكل ورق العنّاب وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق، كذا في المبسوط[(٤)].

قوله: (**وهذا**) أي ما ذكرناه مؤيد بعض ما ذكرنا؛ أي قول أبي القاسم

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٥٤).
(٢) تقدم تخريجه قريبا.
(٣) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٨٥): غريب بهذا اللفظ.
وبنحوه أخرجه الدارقطني (٥/ ٥١٠ رقم ٤٧٥٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: بعث رسول الله ﷺ بُدَيلَ بنَ وَرْقاءَ الخُزاعيَّ على جملٍ أوْرَق يصيحُ في فِجاجِ مِنًى: «ألا إن الذَّكاة في الحلْقِ واللَّبَّةِ، ألا ولا تعجّلوا الأنفُسَ أن تزهقَ، وأيامُ مِنًى أيامُ أكلٍ وَشُربٍ وبِعالٍ».
قال ابن الملقن: ضعيفة جدًا؛ سعيد بن سلام (٢) هذا وضاع متروك، قال أحمد وابن نُمَير: كذاب، وقال البخاري: يذكر بوضع الحديث. البدر المنير (٥/ ٦٨٧).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٥٤).

أُكِلَ الصَّيْدُ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلَا يُؤْكَلُ العُضْوُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: أُكِلَا إِنْ مَاتَ الصَّيْدُ مِنْهُ لِأَنَّهُ مُبَانٌ بِذَكَاةِ الِاضْطِرَارِ، فَيَحِلُّ المُبَانُ وَالمُبَانُ مِنْهُ كَمَا إِذَا أُبِينَ الرَّأْسُ بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَمُتْ؛ لِأَنَّهُ مَا أُبِينَ بِالذَّكَاةِ. وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَا أُبِينَ مِن الحَيِّ فَهُوَ مَيِّتٌ» ذَكَرَ الحَيَّ مُطْلَقًا فَيَنْصَرِفُ إِلَى الحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، وَالعُضْوُ المُبَانُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ؛ لِأَنَّ المُبَانَ مِنْهُ حَيٌّ حَقِيقَةً لِقِيَامِ الحَيَاةِ فِيهِ، وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ تُتَوَهَّمُ سَلَامَتُهُ بَعْدَ هَذِهِ الجِرَاحَةِ، وَلِهَذَا اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ حَيًّا، حَتَّى لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَفِيهِ حَيَاةٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ يَحْرُمُ، وَقَوْلُهُ: أُبِينَ بِالذَّكَاةِ، قُلْنَا: حَالَ وُقُوعِهِ لَمْ يَقَعْ ذَكَاةً، لِبَقَاءِ الرُّوحِ فِي البَاقِي، وَعِنْدَ زَوَالِهِ لَا يَظْهَرُ فِي المُبَانِ لِعَدَمِ الحَيَاةِ فِيهِ، وَلَا تَبَعِيَّةَ لِزَوَالِهَا بِالِانْفِصَالِ، فَصَارَ هَذَا الحَرْفُ هُوَ الأَصْلَ؛ لِأَنَّ المُبَانَ مِن الحَيِّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا لَا يَحِلُّ، وَالمُبَانُ مِن الحَيِّ صُورَةً لَا حُكْمًا يَحِلُّ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَبْقَى فِي المُبَانِ مِنْهُ حَيَاةٌ بِقَدْرِ مَا يَكُونُ فِي المَذْبُوحِ، فَإِنَّهُ حَيَاةٌ صُورَةً لَا حُكْمًا، وَلِهَذَا لَوْ وَقَعَ فِي المَاءِ وَبِهِ هَذَا القَدْرُ مِن الحَيَاةِ، أَوْ تَرَدَّى مِن جَبَلٍ، أَوْ سَطْحٍ، لَا يَحْرُمُ، فَتُخَرَّجُ عَلَيْهِ المَسَائِلُ، فَنَقُولُ: إِذَا قَطَعَ يَدًا أَوْ رِجْلًا أَوْ فَخِذًا أَوْ ثُلُثَهُ مِمَّا يَلِي القَوَائِمَ أَوْ أَقَلَّ مِن نِصْفِ الرَّأْسِ يَحْرُمُ المُبَانُ، وَيَحِلُّ المُبَانُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ

الصّفّار على ما ذكرناه من اشتراط تسييل الدم عنده.

وفي فتاوى قاضي خان: دليل على أن حياة المذبوح لو كانت متيقنا بها لا يشترط خروج الدم حيث ذكر فيه، ولو ذبح شاة أو غيرها فتحركت بعد الدم، وخرج منها دم مسفوح تؤكل، ولو لم تتحرك ولم يخرج منها الدم أكلت[1]؛ لأن الحركة وخروج الدم علامة الحياة، وإن لم يعلم حياتها عند الذبح لا تؤكل، وإن علم حياتها عند الذبح أكل، وإن لم يخرج الدم ولم تتحرك.

قوله: (لما بيناه) وهو أن الرمي مع الجرح مبيح ولا يؤكل العضو لقوله ﷺ: «ما أُبِينَ مِنَ الحَيِّ فهوَ مَيِّتٌ»[2].

---

(١) في النسخة الثانية ضرب على: (منها الدم أكلت) وأثبت: (لا تؤكل).

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ١٢٦ رقم ١٤٨٠) من حديث أبي واقد الليثي رضي الله عنه. وقال: حسن غريب.

يُتَوَهَّمُ بَقَاءُ الحَيَاةِ فِي البَاقِي (وَلَوْ قَدَّهُ نِصْفَيْنِ، أَوْ قَطَعَهُ أَثْلَاثًا، وَالأَكْثَرُ مِمَّا يَلِي العَجُزَ، أَوْ قَطَعَ نِصْفَ رَأْسِهِ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ، يَحِلُّ المُبَانُ وَالمُبَانُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ المُبَانَ مِنْهُ حَيٌّ صُورَةً لَا حُكْمًا؛ إِذْ لَا يُتَوَهَّمُ بَقَاءُ الحَيَاةِ بَعْدَ هَذَا الجَرْحِ، وَالحَدِيثُ وَإِنْ تَنَاوَلَ السَّمَكَ وَمَا أُبِينَ مِنْهُ فَهُوَ مَيِّتٌ، إِلَّا أَنَّ مَيْتَتَهُ حَلَالٌ ....

وهذا إذا أبان شيئًا يبقى المبان منه حيًّا بدونه عادة كاليد والرجل والفخذ وثلثه ما يلي القوائم والأول من نصف رأسه **(ولو قدَّه نصفين أو قطعه أثلاثا والأكثر ما يلي العجز** [٢/ ٤٤٥/ ب] **أو قطع رأسه أو نصف رأسه أو أكثر حل المبان والمبان منه)**؛ إذ لا يتوهم بقاؤه حيًّا بعد هذا فكان قتلا، وهذا كله عندنا وأحمد في رواية عنه.

وعند الشافعي وأحمد في رواية عنه: يحل كلاهما في الوجوه كلها إذا مات الصيد من ذلك القطع؛ لأن الفعل وقع ذكاة فظهر أثره في الكل كما في الذكاة الاختيارية إذا أبين رأسه لأنه إبانة جزء لا تبقى الحياة معه.

والمراد من الحديث: «**مَا أُبِينَ...**» لا بسبب الذكاة لإجماعنا أن المبان بسبب الذكاة كالرأس، والنصف المساوي أو الأكثر حلال.

ولنا قوله ﷺ: «**ما أُبِينَ من الحَيِّ فهو ميتٌ**»، ذكر الحي مطلقًا فانصرف إلى الحي حقيقةً وحكمًا؛ ليكون حيًّا من كل وجه، وفي النوع الأول المبان منه حيٌّ حقيقة لوجود الحياة فيه، وحكمًا لأنه يتوهم حياته بدون هذه الأعضاء، وقد اعتبره الشارع حيٌّ لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم.

وفي النوع الثاني؛ فالمبان منه حي صورة لا حُكمًا؛ فإنه لا يتوهم بقاء الحياة فيه بعد هذا الجرح، حتى لو وقع في الماء وبه حياة بهذه الصفة.

(أو تردَّى من جبل أو سطح لم يحرم) يؤيد ما ذكرنا أنه ﷺ قال ذلك؛ لتحريم ما كانوا يعتادون في الجاهلية؛ فإنهم كانوا يعتادون قطع الألية من الشاة، وربما يقطعون بعض لحم العجز فيأكلون فحرَّم النبي ﷺ ذلك.

قوله: (لزوالها)(١)؛ أي لزوال التبعية بالانفصال، وهو جواب عن قول الشافعي.

---

(١) انظر المتن ص ٢٣٧.

بِالحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ (وَلَوْ ضَرَبَ عُنُقَ شَاةٍ، فَأَبَانَ رَأسَهَا: يَحِلُّ لِقَطْعِ الأَوْدَاجِ) وَيُكْرَهُ هَذَا الصَّنِيعُ لِإِبْلَاغِهِ النُّخَاعَ، وَإِنْ ضَرَبَهُ مِن قِبَلِ القَفَا، إِنْ مَاتَ قَبْلَ قَطْعِ الأَوْدَاجِ، لَا يَحِلُّ، وَإِنْ لَمْ يَمُتْ حَتَّى قَطَعَ الأَوْدَاجَ حَلَّ، (وَلَوْ ضَرَبَ صَيْدًا فَقَطَعَ يَدًا، أَوْ رِجْلًا وَلَمْ يُبِنْهُ؛ إِنْ كَانَ يُتَوَهَّمُ الِالتِئَامُ وَالِانْدِمَالُ فَإِذَا مَاتَ حَلَّ أَكْلُهُ)؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ أَجْزَائِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُتَوَهَّمُ بِأَنْ بَقِيَ مُتَعَلِّقًا بِجِلْدِهِ حَلَّ مَا سِوَاهُ لِوُجُودِ الإِبَانَةِ مَعْنًى، وَالعِبْرَةُ لِلْمَعَانِي.

قَالَ: (وَلَا يُؤْكَلُ صَيْدُ المَجُوسِيِّ وَالمُرْتَدِّ وَالوَثَنِيِّ)؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِن أَهْلِ الذَّكَاةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي الذَّبَائِحِ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا فِي إِبَاحَةِ الصَّيْدِ، بِخِلَافِ النَّصْرَانِيِّ وَاليَهُودِيِّ؛ لِأَنَّهُمَا مِن أَهْلِ الذَّكَاةِ اخْتِيَارًا فَكَذَا اضْطِرَارًا.

قَالَ: (وَمَنْ رَمَى صَيْدًا، فَأَصَابَهُ وَلَمْ يُثْخِنْهُ، وَلَمْ يُخْرِجْهُ عَنْ حَيِّزِ الِامْتِنَاعِ، فَرَمَاهُ آخَرُ فَقَتَلَهُ، فَهُوَ لِلثَّانِي وَيُؤْكَلُ)؛ لِأَنَّهُ هُوَ الآخِذُ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَ» (وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ أَثْخَنَهُ فَرَمَاهُ الثَّانِي فَقَتَلَهُ: فَهُوَ لِلْأَوَّلِ، وَلَمْ يُؤْكَلْ) لِاحْتِمَالِ المَوْتِ بِالثَّانِي، وَهُوَ لَيسَ بِذَكَاةٍ، لِلْقُدْرَةِ عَلَى ذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الرَّمْيُ الأَوَّلُ بِحَالٍ يَنْجُو مِنْهُ الصَّيْدُ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ المَوْتُ مُضَافًا إِلَى الرَّمْيِ الثَّانِي، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ مِنْهُ

قوله: (بالحديث الذي رويناه) وهو قوله: «أُحِلَّت لنا ميتتان»[(١)].

(ولم يثخنه) في المغرب[(٢)]: أثخنته الجراحات؛ ضعَّفته وأوهنته.

قوله: (لم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني) وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وهذا)؛ أي قوله: (لم يؤكل) وحاصله أن الرجلين إذا رُميا معًا أو بعد الأول قبل الإصابة فقتلا؛ فهو لهما جميعا وحلَّ؛ لأن كل واحد رمى إلى

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٧٣ رقم ٣٢١٨) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
قال البُوصِيريّ: هذا إسناد فيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف، وله شاهد من حديث عبد الله بن أبي أوفى رواه النسائي في الصغرى مقتصرًا على ذكر الجراد. مصباح الزجاجة (١١١٤).

(٢) المغرب للمطرزي (ص: ٦٦).

الصَّيْدُ، بِأَنْ لَا يَبْقَى فِيهِ مِن الحَيَاةِ إِلَّا بِقَدْرِ مَا يَبْقَى فِي المَذْبُوحِ، كَمَا إِذَا أَبَانَ رَأْسَهُ: يَحِلُّ؛ لِأَنَّ المَوْتَ لَا يُضَافُ إِلَى الرَّمْيِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ وُجُودَهُ وَعَدَمَهُ بِمَنْزِلَةٍ، وَإِنْ كَانَ الرَّمْيُ الأَوَّلُ بِحَالٍ لَا يَعِيشُ مِنْهُ الصَّيْدُ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ فِيهِ مِن الحَيَاةِ أَكْثَرُ مِمَّا يَكُونُ بَعْدَ الذَّبْحِ، بِأَنْ كَانَ يَعِيشُ يَوْمًا أَوْ دُونَهُ؛ فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَحْرُمُ بِالرَّمْيِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ هَذَا القَدْرَ مِن الحَيَاةِ لَا عِبْرَةَ بِهَا عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يَحْرُمُ؛

صيد مباح فيحل، وإصابة الرميتان فقد استوتا في سبب الملك؛ فيوجب المساواة في الملك.

وإن رمياه معا أو متعاقبا فأصابه سهم أحدهما أولا وأثخنه، ثم أصابه السهم الآخر فهو للأول ويحل تناوله عندنا، وعند زفر؛ لا يحل.

والأصل أن المعتبر في الرمي حالة الإرسال عند العلماء الثلاثة، وعند زفر حالة الاتصال بالمحل؛ فالسهم أصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى إلى شاة فلا يحل.

وقلنا: الإصابة نتيجة الرمي فصار مضافا إليه، ولهذا تعتبر التسمية عند الإرسال لا عند الإصابة، وقد حصل الإرسال منهما والمحل صيد ممتنع فلم يتعلق بالإرسال الثاني خطر إلا أن الملك يثبت للأول؛ لأن سهمه أخرجه عن حيز الامتناع؛ فملكه قبل أن يتصل الثاني به؛ فالحِل يتعلق بالإرسال، والملك يتعلق بالاتصال، نعم إرسال كلبيهما أو بإذنهما مثله في الحل والملك.

وقال الشافعي وأحمد: إن تمكن من ذبحه بعد الجرح، ولم يذبحه حتى مات لم يحل، وإن لم يتمكن من ذبحه وجرحه الثاني؛ فعليه قيمته مجروحا واختلف أصحابه فيما يجب ضمانه.

قال الإِصْطَخْرِي: يجب على الثاني كمال قيمته للأول بعد جراحته.

وفي الحلية[1]: والمذهب أنه يجب عليه ما يخص جنايته من قيمته، وتقسيط القيمة على الجانبين، وفرض أصحابنا رحمهم الله المسألة في جنايتين

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٣/ ٤٣٣).

لِأَنَّ هَذَا الْقَدْرَ مِنَ الحَيَاةِ مُعْتَبَرٌ عِنْدَهُ عَلَى مَا عُرِفَ مِن مَذْهَبِهِ، فَصَارَ الجَوَابُ فِيهِ، وَالجَوَابُ فِيمَا إذَا كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ مِنْهُ الصَّيْدُ سَوَاءٌ، فَلَا يَحِلُّ. قَالَ: (وَالثَّانِي ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ لِلْأَوَّلِ، غَيْرَ مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ)؛ لِأَنَّهُ بِالرَّمْيِ أَتْلَفَ صَيْدًا مَمْلُوكًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالرَّمْيِ المُثْخِنِ وَهُوَ مَنْقُوصٌ بِجِرَاحَتِهِ، وَقِيمَةُ المُتْلَفِ تُعْتَبَرُ يَوْمَ الإِتْلَافِ. قَالَ ﷺ: تَأْوِيلُهُ إذَا عُلِمَ أَنَّ القَتْلَ حَصَلَ بِالثَّانِي، بِأَنْ كَانَ الأَوَّلُ بِحَالٍ يَجُوزُ أَنْ يَسْلَمَ الصَّيْدُ مِنْهُ، وَالثَّانِي بِحَالٍ لَا يَسْلَمُ الصَّيْدُ مِنْهُ لِيَكُونَ القَتْلُ كُلُّهُ

مضمونتين؛ ليعرف ما يجب على كل واحد منهما قسطه من الأول فقال: صيد مملوك يساوي عشرة، جرحه رجل فنقص درهم، وجرحه آخر فنقص من قيمته أيضًا درهم، ومات الصيد من [سراية][1] الجنايتين فاختلف أصحابنا على ستة طرق؛ أصحها أن أرش جناية كل واحد يدخل في جنايته فيضم قيمة الصيد عند جناية الأول إلى قيمته عند جناية الثاني فيكون تسعة ثم تقسم قيمة الصيد وهو عشرة على تسعة عشر فما يقابل عشره يجب على الأول، وما يقابل تسعه يجب على الثاني هذا طريق ابن خيران.

والثاني: وهو قول المزني أنه ست على كل واحد منهما أرش جناية ثم يجب عليهما قيمته بعد الجنايتين فيجب على كل واحد خمسة.

والثالث: على كل واحد نصف أرش، ونصف قيمته يوم جنى عليه فيجب على الأول خمسة ونصف وعلى الثاني خمسة ثم يرجع الأول على الثاني بنصف درهم.

والرابع: يجب على كل واحد منهما نصف قيمته حال جنايته، ونصف أرش جنايته، ولا يثبت الرجوع [٢/٤٤٦/أ] للأول على الثاني.

والخامس: أنه يجب على الأول أرش جنايته، ثم يجب بعد ذلك قيمته بينهما نصفين ولا يجب على الثاني أرش جنايته.

والسادس - وهو قول ابن أبي هريرة-: أن الأرش يدخل في قيمة الصيد

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

مُضَافًا إِلَى الثَّانِيَ، وَقَدْ قَتَلَ حَيَوَانًا مَمْلُوكًا لِلْأَوَّلِ مَنْقُوصًا بِالجِرَاحَةِ فَلَا يَضْمَنُهُ كَمَلًا، كَمَا إِذَا قَتَلَ عَبْدًا مَرِيضًا: إِنْ عَلِمَ أَنَّ المَوْتَ يَحْصُلُ مِن الجِرَاحَتَيْنِ أَوْ لَا يَدْرِي، قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَضْمَنُ الثَّانِي مَا نَقَصَتْهُ جِرَاحَتُهُ، ثُمَّ يُضَمِّنُهُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مَجْرُوحًا بِجِرَاحَتَيْنِ ثُمَّ يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَةِ لَحْمِهِ، أَمَّا الأَوَّلُ، فَلِأَنَّهُ جَرَحَ حَيَوَانًا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ، وَقَدْ نَقَصَهُ، فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهُ أَوَّلًا، وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِأَنَّ المَوْتَ حَصَلَ بِالجِرَاحَتَيْنِ، فَيَكُونُ هُوَ مُتْلِفًا نِصْفَهُ، وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِغَيْرِهِ، فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مَجْرُوحًا بِالجِرَاحَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الأُولَى مَا كَانَتْ بِصُنْعِهِ، وَالثَّانِيَةُ: ضَمِنَهَا مَرَّةً، فَلَا يَضْمَنُهَا ثَانِيًا، وَأَمَّا الثَّالِثُ: فَلِأَنَّ بِالرَّمْيِ الأَوَّلِ صَارَ بِحَالٍ يَحِلُّ بِذَكَاةِ الِاخْتِيَارِ لَوْلَا رَمْيُ الثَّانِي، فَهَذَا بِالرَّمْيِ الثَّانِي أَفْسَدَ عَلَيْهِ نِصْفَ اللَّحْمِ فَيَضْمَنُهُ، وَلَا يَضْمَنُ النِّصْفَ الآخَرَ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَهُ مَرَّةً فَدَخَلَ ضَمَانُ اللَّحْمِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ رَمَاهُ الأَوَّلُ ثَانِيًا، فَالجَوَابُ فِي حُكْمِ الإِبَاحَةِ كَالجَوَابِ فِيمَا إِذَا كَانَ الرَّامِي غَيْرَهُ، وَيَصِيرُ كَمَا إِذَا رَمَى صَيْدًا عَلَى قِمَّةِ جَبَلٍ فَأَثْخَنَهُ، ثُمَّ رَمَاهُ ثَانِيًا فَأَنْزَلَهُ: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ مُحَرَّمٌ، كَذَا هَذَا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اصْطِيَادُ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِن الحَيَوَانِ وَمَا لَا يُؤْكَلُ) لِإِطْلَاقِ مَا تَلَوْنَا، وَالصَّيْدُ لَا يَخْتَصُّ بِمَأْكُولِ اللَّحْمِ، قَالَ قَائِلُهُمْ:

صَيْدُ المُلُوكِ أَرَانِبٌ وَثَعَالِبٌ ... وَإِذَا رَكِبْتُ فَصَيْدِيَ الأَبْطَالُ

فيجب على الأول نصف قيمته حال جنايته، وعلى الثاني نصف قيمته حال جنايته فيذهب نصف درهم من قيمة الصيد.

قَالَ قَائِلُهُمْ:

صَيْدُ الْمُلُوكِ أَرَانِبٌ وَثَعَالِبٌ ... وُإِذَا رَكِبْتُ فَصَيْدِيَ الْأَبْطَالُ

قوله: (في حكم الإباحة كالجواب) يعني لا في حكم الضمان لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه.

قوله: (لإطلاق ما تلونا) وهو قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢].

(الأبطال) جمع بطل وهو رجل شجاع.

وَلِأَنَّ صَيْدَهُ سَبَبٌ لِلِانْتِفَاعِ بِجِلْدِهِ، أَوْ شَعْرِهِ أَوْ رِيشِهِ، أَوْ لِاسْتِدْفَاعِ شَرِّهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مَشْرُوعٌ.

ولو نصب أحبولة فوقع فيها صيد ومات إن مات بالشبكة والحبل؛ لا يحل باتفاق أكثر أهل العلم إلا عند الحسن البصري فإنه قال: لو سمَّى على الحبل ودخل فيه وجرحه يحل، وهذا قول شاذ مخالف لعامة أهل العلم.

أما لو كان فيها آلة جارحة مثل المنجل وسمى عليها وجرحه يحل عندنا وأحمد وبه قال الحسن وقتادة.

وقال الشافعي: لا يحل؛ لأنه لم يُذَكِّهِ أحد، وإنما قتلته المناجل بنفسها، ولم يوجد من الصائد إلا السبب فصار كمن نصب سكينا فذبحت شاة، ولأنه لو رمى سهما وهو لا يرى صيدا فقتل صيدا لم يحل فهذا أولى.

ولنا؛ قوله ﷺ: «**كل ما ردت عليك يدك**»[(١)] ولأنه قتل الصيد بحديدة على الوجه المعتاد فأشبه ما لو رماه بها، ولأنه قصد قتل الصيد بما له حد فأشبه قتله بالرمي؛ بخلاف ما لو رمى سهما ولم ير صيدًا، ونصب سكينًا؛ فذلك ليس بمعتاد فالظاهر أنه لا يصيب صيدًا فلم يصح، وهاهنا بخلافه فجعل التسبب بمنزلة المباشرة لصحة قصده إلى أخذ الصيد وجرت العادة بذلك.

ولو تعلق صيد بشرك إنسان أو شبكته ملكه لثبوت يده على الصيد، وكل من أخذه بعده رَدَّه، ولو كان مشى أو طاف مع الشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها، ولو قدر على الامتناع لم يملكه صاحب الشبكة، وكذا لو رمى صيدا فأثخنه، ودخل الصيد في دار إنسان فأخذه صاحب الدار لم يملكه؛ لأنه ملك الرامي ولا يعلم فيه خلاف.

ولو أرسل صيده لم يزل عن ملكه، وبه قال الشافعي في وجه وأحمد كما لو أرسل بعيره أو فرسه. وقال الشافعي في وجه: يزول ملكه وبه قال أحمد في رواية؛ لأن بالإرسال يرد إلى أصله، والأصل الإباحة بخلاف بهيمة الأنعام.

ولو اصطاد طيورا وجعله في برج وطار منه إلى برج غيره لم يزل ملكه عنه. وقال مالك؛ إن لم يكن أَنِسَ ببرجه بطول ملكه صار ملكًا لمن انتقل إلى

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

....

برجه وإن عاد إلى برج الأول عاد ملكه.

ولو أرسل بازيه فأخذ صيدًا وأمسكه بمخلبه ولم يثخنه، ومسك بازي الثاني فالصيد لصاحب بازي الثاني وحل؛ لأن يد البازي الأول ليست بيدٍ حافظةٍ لتقام مقام يد المالك، أما القتل فهو إتلاف والبازي من أهل الإتلاف فينتقل إلى صاحبه.

ولو رمى سهمًا إلى صيد، ورمى آخر سهما فأصاب السهم الثاني السهم الأول، وأمضاه حتى أصاب الصيد وقتله جرحًا حلَّ؛ فإن كان السهم الأول بحال يعلم أنه لا يبلغ الصيد بدون السهم الثاني؛ فالصيد للثاني؛ لأنه الآخذ حتى لو كان الثاني محرما أو مجوسيا أو مرتدا لا يحل.

وإن كان السهم الأول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني؛ فالصيد للأول؛ لأنه سبقه في الأخذ فإن كان الثاني مجوسيًّا أو مُحرِمًا لا يحل استحسانا؛ خلافا للشافعي وأحمد وأبي يوسف لأنه أوجب زيادة قوة في الأول فأوجب الحرمة احتياطًا.

ولو رمى مجوسِيٌّ سهمًا أو أرسل كلبه فهرب الصيد، وأقبل مسلم فرماه، أو أرسل كلبه عليه فقتله، قبل وقوع سهم المجوسي على الأرض وقبل رجوع الكلب كره أكله؛ لأن فعل المجوسي أعانه عليه فيوجب الكراهة، أما إذا قتله بعد وقوع سهمه على الأرض ورجوع كلبه لا يكره.

ولو صاد المجوسي بكلب مسلم لا يحل بإجماع العلماء، أما لو صاد المسلم بكلب المجوسي يحل عند أكثر العلماء، وكرهه جابر والحسن ومجاهد والنخعي والثوري؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ﴾ [المائدة:٤] وهذا لم يُعَلِّمه، وللعامة أنه آلة فلا يكره كالذبح بسكين المجوسي والرمي بقوس المجوسي والآية تدل على إباحة [٢/٤٤٦/ب] الصيد بما علمناه، وما علمه عرفا فهو في معناه فيلحق به؛ لأنه آلة.

ولو رمى سهما فصرفته الريح يمنة ويسرة، ثم أصاب الصيد لا يحل لانقطاع الرمي فصار قتيل الرمح، ولو زاد بها قوة وهو على سننه فأصاب صيدا فقتله حل؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه.

كِتَابُ الرَّهْنِ

الرَّهْنُ لُغَةً: حَبْسُ الشَّيْءِ بِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ، وَفِي الشَّرِيعَةِ: جَعْلُ الشَّيْءِ مَحْبُوسًا بِحَقٍّ، يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِن الرَّهْنِ كَالدُّيُونِ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَرِهَٰنٌ

كِتَابُ الرَّهْنِ

ذكر الرهن عقيب الصيد: إما لأن كل واحد وسيلة إلى تحصيل المال الذي يملك، وإما لأن الذي سيُمَلَك فيهما بفرضية الحصول.

ثم من محاسنه النظر للجانبين؛ فمن جانب الراهن هو أن يكون المرتهن يمكن أن يكون ألد الخصام خصوصًا إذا وجد رخصة من الشارع بقوله: «**إنّ لصاحبِ الحَقِّ يدًا أو لِسانًا**»[1]؛ فربما يزيده في تشديده بحيث لا يدع الراهن؛ فالشرع شرع الرهن ليسهل أمره.

ومن جانب المرتهن؛ أمَّن حقه عن التَّوى والتلف عند جحد الراهن الدين، ولا بينة له، أو يغرم عليه غرماء فيستحقون ماله أو يموت مفلسًا ولا كفالة له، أو بظهوره مفلسا.

ثم الرهن لغة وشرعًا ما ذكره في الكتاب، والرهن يجيء بمعنى المرهون تسمية بالمصدر والجمع رهون ورهان، وقرئ بهما في الآية ورهن أيضًا، والرهين والرهينة الرهن أيضًا، والتركيب يدل على الثبات والدوام. وقيل: هو معناه لغة يقال ماء راهن؛ أي راكد، ونعمة راهنة؛ أي ثابتة.

وسببه؛ مطالبة رب الدين الرهن، وركنه الإيجاب فقط عندنا، وعند بعض العلماء الإيجاب والقبول كما يجيء.

---

(١) أخرجه ابن عَديّ في الكامل (٧/ ٥٣٤) من حديث أبي عِنَبَةَ الخَولانيّ ﷺ وقال: منكر.

ومعنى الحديث أخرجه البخاري (٣/ ٩٩ رقم ٢٣٠٦)، ومسلم (٣/ ١٢٢٥رقم ١٦٠١) من حديث أبي هريرة ﷺ.

مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: اشْتَرَى مِن يَهُودِيٍّ طَعَامًا وَرَهَنَهُ بِهِ دِرْعَهُ» وَقَدْ انْعَقَدَ عَلَى ذَلِكَ الإِجْمَاعُ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ وَثِيقَةٍ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ. فَيُعْتَبَرُ بِالوَثِيقَةِ فِي طَرَفِ الوُجُوبِ وَهِيَ الكَفَالَةُ. قَالَ: (الرَّهْنُ يَنْعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ، وَيَتِمُّ بِالقَبْضِ) ....

قوله: (ورهنه) وفي بعض النسخ **(بها)**؛ أي: بالقيمة قالت أسماء بنت زيد[1] [رضي الله عنها][2]: إنه عليه الصلاة السلام: **تُوفِّي ودرعُهُ مرهون عند يهودي بِوَسَقٍ من شعير**[3].

قالوا: في الحديث دليل جواز الرهن بكل مال متقوّم سواء كان معدًّا للطاعة أو لا، بخلاف ما يقوله المتقشفة أن ما يكون للطاعة لا يجوز رهنه كالمصحف؛ لأنه في صورة حبسه عن الطاعة.

وقلنا: كان درعه معدًّا للجهاد، وقد رهنه عليه الصلاة والسلام، وفيه دليل على جواز الرهن في الحضر والسفر خلافا لما يقوله داود الظاهري ومجاهد أن الرهن لا يجوز إلا في السفر لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] والتعليق بالشرط ينفي الوجود عند عدمه.

وقلنا: ليس المراد به الشرط حقيقة بل ذكر ما يعتاده الناس في المعاملة؛ فإنهم في الغالب يميلون إلى الرهن عند تعذر إمكان التوثق بالكتاب والشهود، والغالب أن ذلك يكون في السفر، وتوارثت من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا جوازه في الحضر والسفر؛ فعلم أن ذلك على سبيل العادة.

وفيه دليل على أنه [لا][4] بأس للإمام والقاضي أن يباشر البيع والشراء بنفسه في غير مجلس القضاء، خلافا لما يقوله الشافعي.

---

(١) كذا في النسخ الخطية، والصواب: (يزيد)، وهي: أسماء بنت يزيد بن السكن بن رافع بن امرىء القيس بن عبد الأشهل، الأنصارية، الأشهلية، أم سلمة، ويقال: أم عامر.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٤١ رقم ٢٩١٦)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦رقم ١٦٠٣) من حديث عائشة رضي الله عنها بلفظ: «بِثَلَاثِينَ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ».
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالُوا: الرُّكْنُ الإِيجَابُ بِمُجَرَّدِهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَيَتِمُّ بِالْمُتَبَرِّعِ كَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ، وَالقَبْضُ شَرْطُ اللُّزُومِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَقَالَ مَالِكٌ: يَلْزَمُ بِنَفْسِ العَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالمَالِ مِن الجَانِبَيْنِ فَصَارَ كَالبَيْعِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ وَثِيقَةٍ فَأَشْبَهَ الكَفَالَةَ، وَلَنَا مَا تَلَوْنَا: وَالمَصْدَرُ المَقْرُونُ بِحَرْفِ الفَاءِ فِي مَحَلِّ الجَزَاءِ يُرَادُ بِهِ

وفيه دليل على جواز الشراء بالنسيئة إن كان يمكنه الشراء بالنقد خلافًا لما يقوله المتقشفة فإنهم قالوا: يكره عند القدرة على النقد وقلنا: إنه عليه الصلاة والسلام قادر على أن يشتري بالنقد بأن يبيع درعه ثم يشتري طعاما كذا في المبسوطين.

قوله: (قالوا الركن الإيجاب بمجرده) اختلف المشايخ في القبول، قال بعضهم إنه شرط، وظاهر ما ذكر في المحيط يشير إلى أنه ركن فقال في الأيمان: الإجارة بدون القبول ليست بإجارة، وكذا الرهن حتى لا يحنث من حلف لا يؤجر أو لا يرهن بدون القبول وكذا ذكر في المنتقى. وقال بعضهم: الإيجاب ركن والقبول شرط، أما القبض فشرط اللزوم.

وفي الذخيرة: والمعنى قال محمد في الكتاب لا يجوز الرهن إلا مقبوضا فقد أشار إلى أن القبض شرط الجواز.

وقال شيخ الإسلام: شرط اللزوم كما في الهبة، وبه قال أكثر أهل العلم والأول أصح.

وقال مالك يلزم الرهن بالإيجاب والقبول لما ذكر في المتن وبه قال أحمد في رواية في غير المكيل والموزون.

قوله: (والمصدر المقرون...) إلى آخره.

وفي الكشاف[1]: نظيره قوله تعالى: ﴿فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ﴾ [محمد:٤]؛ أي فاضربوا وقوله ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء:٩٢]؛ أي فعليه تحرير رقبة مؤمنة وقوله ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ﴾ [البقرة:١٨٤]؛ أي فعليه عدة فكان بمعنى الأمر يؤيده أنه معطوف على قوله ﴿فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة:٢٨٢].

---

(١) الكشاف للزمخشري (٤/ ٣١٦).

الْأَمْرُ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ لِمَا أَنَّ الرَّاهِنَ لَا يَسْتَوْجِبُ بِمُقَابَلَتِهِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ شَيْئًا، وَلِهَذَا لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ، فَلَا بُدَّ مِن إِمْضَائِهِ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ، وَذَلِكَ بِالقَبْضِ، ثُمَّ يَكْتَفِي فِيهِ بِالتَّخْلِيَةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ بِحُكْمِ عَقْدٍ مَشْرُوعٍ، فَأَشْبَهَ قَبْضَ المَبِيعِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ فِي الْمَنْقُولِ إِلَّا بِالنَّقْلِ؛ ....

والأمر للزوم ولم يعمل بموجبه في نفس الرهن حيث لا يلزم الرهن بإجماع العلماء؛ فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلاة والسلام: «**الحِنطةُ بالحِنطَةِ مِثلًا بمِثلٍ**»[1] بالنصب؛ أي بيعوا فلم يعمل الأمر في نفس البيع فصرف إلى شرطه وهو المماثلة.

وفي النهاية: في تسمية الرهان بالمصدر نظر؛ لأن الرهان جمع [٢/ ٤٤٧/ أ] رهن كالنعل والنعال، هكذا في كتب اللغة ويدل عليه قوله: ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾ بالتأنيث فدل أنه جمع.

وفي الفوائد الشاهية: يجوز أن يكون الرهان مصدرا من باب المفاعلة كالقتال والضراب والعراك و﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] صفة لموصوف محذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة، وأنَّث المرهون بتأويل السلعة والعين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة، ويجوز أن يكون الرهان مصدرا بمعنى المرهون، وأنث المرهون؛ لما ذكرنا، ويجوز أن يكون الرهان مقام مصدر محذوف، وهو فرهن رهان مقبوضة؛ فيكون مصدرا تقديرا لا تحقيقا.

قوله: (**ولا يجبر عليه**)؛ أي على عقد الرهن كما في الوصية فإنه يحتاج فيها إلى إمضائه وهو ألا يرجع عنها، وهاهنا إمضاء الرهن بالقبض كما في الهبة أو أراد به الوصية بالتبرع فصار كالصدقة؛ لما أنه عقد تبرع؛ لأنه شرع وثيقة بالدين غير واجبة التحصيل بالإجماع، أما البيع فإنه عقد معاوضة لا تبرع، والكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة أو الدين، وكلاهما لازم.

قوله: (**يكتفي فيه**) أي: في القبض بالتخلية، وهي رفع الموانع في زمان يمكنه القبض فيه وبه قال الشافعي ومالك (**وعن أبي يوسف أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل**) وبه قال أحمد.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ رقم ١٥٨٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

لِأَنَّهُ قَبْضٌ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ ابْتِدَاءً بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ نَاقِلٌ لِلضَّمَانِ مِن البَائِعِ إِلَى المُشْتَرِي، وَلَيْسَ بِمُوجِبٍ ابْتِدَاءً، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

قَالَ: (فَإِذَا قَبَضَهُ المُرْتَهِنُ مَحُوزًا مُفْرَغًا مُتَمَيِّزًا: تَمَّ العَقْدُ فِيهِ) لِوُجُودِ القَبْضِ بِكَمَالِهِ فَلَزِمَ العَقْدُ (وَمَا لَمْ يَقْبِضْهُ فَالرَّاهِنُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ سَلَّمَهُ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَنِ الرَّهْنِ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ اللُّزُومَ بِالقَبْضِ، إِذ المَقْصُودُ لَا يَحْصُلُ قَبْلَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا سَلَّمَهُ إِلَيْهِ فَقَبَضَهُ: دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: هُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِن الدَّيْنِ بِهَلَاكِهِ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ ـ قَالَهَا ثَلَاثَةً ـ ....

قوله: (موجب للضمان ابتداء) أراد بابتداء الضمان ألا يكون مضمونا قبل العقد، والرهن بهذه المثابة كما في الغصب، وكما أن المغصوب لا يصير مضمونًا بالتخلية فكذا الرهن.

قوله: (والأول أصح)؛ أي ظاهر الرواية لأن حقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية؛ فالقبض الموجب ليد الاستيفاء يثبت بالتخلية.

قوله: (وإذا قبضه المرتهن محوزًا)، ويحترز به عن رهن التمر على رؤوس النخيل بدون النخيل و(مفرغا) احتراز عن عكسه و(متميزًا) احتراز عن رهن المشاع فإنها لا تجوز عندنا كما يجيء.

قوله: (إذ المقصود) وهو إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، وذا لا يحصل إلا بثبوت يد المرتهن على الرهن، ومنع الرهن منه؛ لأن الرهن لاستيفاء الدين حكما، والاستيفاء حقيقة لا يكون بدون القبض؛ فكذا الاستيفاء حكما.

قوله: (وقال الشافعي أمانة في يده)، وبه قال أحمد وأصحاب الظاهر.

وقال مالك: إن كان تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق فضمانه على الراهن حتى يرجع المرتهن بحقه، وإن ادعى تلفه بأمر خفي كما في الثياب ونحوها؛ لم يقبل قوله وضمن؛ لأنه موضع تهمة فلا يقبل قوله.

قوله: (قالها ثلاثًا)[1] أنثه بتأويل الكلمات.

---

(١) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (ثلاثة)، وهو الصواب بدليل قوله هنا بعدها: (أنثه بتأويل الكلمات).

لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» قَالَ: وَمَعْنَاهُ لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِالدَّيْنِ، فَبِهَلَاكِهِ لَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ اعْتِبَارًا بِهَلَاكِ الصَّكِّ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ بَعْدَ الوَثِيقَةِ يَزْدَادُ مَعْنَى الصِّيَانَةِ، وَالسُّقُوطُ بِالهَلَاكِ يُضَادُّ مَا اقْتَضَاهُ العَقْدُ إِذَا لَحِقَ بِهِ يَصِيرُ بِعَرْضِ الهَلَاكِ وَهُوَ ضِدُّ الصِّيَانَةِ، وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لِلْمُرْتَهِنِ بَعْدَ مَا نَفَقَ فَرَسُ الرَّهْنِ عِنْدَهُ: «ذَهَبَ حَقُّك» وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا عُمِّيَ الرَّهْنُ فَهُوَ

(لصاحبه)؛ أي: لصاحب الرهن وهو الراهن (غنمه) أي: الزوائد، (وعليه غرمه) أي: ضمانه إن هلك.

(قال)؛ [أي][1] الشافعي (ومعناه) أي: معنى قوله: «**لا يَغلَقُ الرهنُ**» لا يصير مضمونًا بالدين بدليل قوله: «**لصاحبه غنمه**» والزوائد للراهن «**وعليه غنمه**[2]».

وَفَـارَقَـتْـكَ بِـرَهْـنٍ لاَ فِـكَـاكَ لَـهُ ... يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا[3]

قوله: (وهو) أي: كونه بِعَرْضِ الهلاك (ضد الصيانة)، ألا ترى أن ما زاد على قدر الدين أمانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يجوز أن يثبت حكم الضمان بهذا القبض في البعض دون البعض.

ولنا؛ ما ذكر في المتن من الحديث، ولا يجوز أن يراد بقوله: «**ذهبَ حَقُّكَ**»[4] في الحبس؛ لأن هذا مما لا يشكل فلا يحتاج إلى البيان، ولأنه ذكر الحق منكرًا بقوله: إن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه؛ فنفق فرسه عند المرتهن فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «**ذهبَ حُقُّكَ**»[5] مُعرّفًا بالإضافة؛ فذكر الحق في أول الحديث منكرًا ثم أعاده مُعرَّفًا؛ فيكون عين الأول كقوله تعالى: ﴿كَمَآ أَرۡسَلۡنَآ إِلَىٰ فِرۡعَوۡنَ رَسُولٗا ۝١٥ فَعَصَىٰ فِرۡعَوۡنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٥-١٦].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة)
(٢) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (وعليه غرمه).
(٣) هذا البيت لزهير وهو من بحر البسيط وانظره في معجم ديوان الأدب للفارابي (٢/ ٢٤٦)، العين للخليل (٥/ ٢٨٤).
(٤) تقدم تخريجه قريبا.
(٥) تقدم تخريجه قريبا.

بِمَا فِيهِ» مَعْنَاهُ: عَلَى مَا قَالُوا: إِذَا اشْتَبَهَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ بَعْدَ مَا هَلَكَ، وَإِجْمَاعُ

قوله: (معناه)؛ أي: معنى قوله ﷺ: «**عُمِّيَ الرّهنُ**»؛ أي إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك بأن قال الراهن: لا أدري كم كانت قيمته، وقال المرتهن كذلك **(فهو بما فيه)** كذا في المبسوطين، يؤيده قوله تعالى: ﴿فَعَمِيَتْ عَلَيْهِمُ ٱلْأَنۢبَآءُ يَوْمَئِذٍ﴾ [القصص:٦٦].

قال أبو جعفر الطحاوي قال: عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه قال: أدركت فقهاءنا الذين يُنتهَى إلى قولهم؛ مثل سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد، وأبي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله في مشيخة من نظرائهم أهل صلاح وفضل فذكر جميع ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصفة قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك وعميت قيمته، ورفع ذلك منهم الثقة إلى [٢/ ٤٤٧/ب] رسول الله ﷺ؛ فهؤلاء أئمة الدين فأيُّهم حكاه حجة؛ لأنه فقيه ثقة إمام فقولهم جميعا بذلك أولى [أن][١] يكون حجة.

قوله: «وإجماع الصحابة والتابعين...» إلى آخره واختلفوا في كيفية الضمان قال أبو بكر وعلي: مضمون بالقيمة، وقال عمر وابن مسعود وابن عمر في رواية عنه: هو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين.

قال ابن عباس: هو مضمون بالدين، وهو قول شريح قلَّت قيمته أو كثرت، وهكذا اختلف التابعون باختلافهم على ذلك؛ إجماع منهم على أنه ليس قول رابع إلى أن أحدث الشافعي قولًا رابعًا أنه أمانة فيكون خرقًا للإجماع كذا في المبسوط[٢].

قوله: والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام: «**لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ**»[٣]؛ أي لا يحبس الرهن عند المرتهن؛ بل للراهن أخذه بقضاء الدين، وكان ذلك نفيًا لما في الجاهلية في أنهم إذا اشترطا إذا لم يؤد الدين إلى مدة كذا يكون الرهن ملكا للمرتهن؛ فأبطل رسول الله ﷺ ذلك بقوله: «**لا يُغلَقُ الرّهنُ**»[٤] ولم يفهم أحد

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٦٤). (٣) تقدم تخريجه قريبا.
(٤) تقدم تخريجه قريبا.

الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ ﷺ عَلَى أَنَّ الرَّاهِنَ مَضْمُونٌ مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي كَيْفِيَّتِهِ، وَالقَوْلُ بِالأَمَانَةِ خَرْقٌ لَهُ، وَالمُرَادُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ» عَلَى مَا

من أهل العربية من قوله: «**لا يغلق**» أن المراد نفي الضمان.

وذكر الكرخي عن السلف مثل طاوس وإبراهيم وغيرهما أنهم قالوا: إن المراد به لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بأن يصير ملكا للمرتهن؛ فيكون ذلك نفيا لما في الجاهلية، كذا روى الزهري عن سعيد بن المسيب.

قال الطحاوي: روي عن أنس بن مالك وطاوس وسفيان بن سعيد وأبو عبيد مثله؛ فهؤلاء المتقدمون يقولون كما ذكرنا، والعجب من الشافعي أنه لا يعمل بالمنقطع، وهذا الحديث منقطع لو قال: إني أقبل منقطع ابن المسيب مع أنه روي عن ابن المسيب أنه قال كذلك، فمن أين وقع له أن منقطع سعيد يقبل دون غيره؟ وقوله: تتبعت مراسيل ابن المسيب فوجدتها مسانيد لا يكون حجة على الغير.

ولو قال: حديثكم منقطع أيضًا.

قلنا: فلو كان المنقطع حجة لك علينا فالمنقطع حجة لنا عليك، وقد روي عن رسول الله ﷺ من جهة أخرى ما يوافق بقولنا؛ فلو صح الحديث فمعنى قوله: «**لِصاحِبِهِ غُنْمُهُ وعلَيهِ غُرْمُهُ**»[١] يحتمل أن المراد من الصاحب المرتهن؛ لأن الرهن في يده حقيقة، والراهن صاحب الدين لوجود الدين في ذمته، وغنم الرهن للمرتهن فإن به يُحيي حقه «**وعليه غرمه**»[٢]؛ فإذا هلك يذهب دينه فعلَى هذا حجة على الشافعي.

ولئن كان محتملًا فالمحتمل لا يكون حجة، وذكر ابن قدامة في المغني وابن حزم في المُحلَّى أن حديث أبي حنيفة مرسل، وهو ليس بحجة؛ أجيب عن هذا أن المرسل عندنا كالمسند؛ بل أقوى كما ذكر في الأصول خصوصًا إذا كان مؤيدا بإجماع الصحابة والتابعين، مع أن حديثكم أيضًا مرسل فكيف يكون ذلك

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

(٢) تقدم تخريجه قريبا.

قَالُوا: الِاحْتِبَاسُ الكُلِّيُّ وَالتَّمَكُّنُ بِأَنْ يَصِيرَ مَمْلُوكًا لَهُ، كَذَا ذَكَرَ الكَرْخِيُّ عَنْ السَّلَفِ، وَلِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ، وَهُوَ مِلْكُ اليَدِ وَالحَبْسِ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يُنْبِئُ عَنْ الحَبْسِ الدَّائِمِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٣٨] وَقَالَ قَائِلُهُمْ:

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لَا فِكَاكَ لَهُ ... يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

وَالأَحْكَامُ الشَّرْعِيَّةُ تَنْعَطِفُ عَلَى الأَلْفَاظِ عَلَى وَفْقِ الأَنْبَاءِ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ، وَهُوَ أَنْ تَكُونَ مُوصِلَةً إِلَيْهِ، وَذَلِكَ ثَابِتٌ لَهُ بِمِلْكِ اليَدِ وَالحَبْسِ، لِيَقَعَ الأَمْنُ مِن الجُحُودِ مَخَافَةَ جُحُودِ المُرْتَهِنِ الرَّهْنَ، وَلِيَكُونَ عَاجِزًا عَن الِانْتِفَاعِ

حجة دون حديثنا.

قوله: (في الحبس الدائم) قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٣٨] أي محبوسة، وقال قائلهم وهو زهير:

وفارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لا فَكاكَ لَهُ

تمامه:

.... يومَ الوداعِ فأمْسَى الرهنُ قد غَلِقا[1]

أي ارتهنت قلبه؛ فذهبت واحتبست قلب المحب عندها على وجه لا يمكن فكاكه يوم الوداع.

(والأحكام الشرعية تنعطف)؛ أي تبتنى وتنسحب **(على الألفاظ)** اللغوية؛ أي الأصل ورود الشرع على مطابقة الحقيقة اللغوية؛ فدل أن الرهن يوجب الحبس بالدين دائما، وذا إنما يكون بملك الحبس واليد، وذا لا يكون إلا بالضمان، وهذا كالكفالة والحوالة؛ فإنهما للضم والنقل لغة ولضم الذمة في المطالبة أو في الدين، ونقل الدين من ذمة إلى ذمة شريعة؛ فيطابق الشرعي اللغوي.

قوله: (ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء) حتى اختص بما يمكن استيفاء

---

(١) هذا البيت لزهير وهو من بحر البسيط، وانظره في معجم ديوان الأدب للفارابي (٢/ ٢٤٦)، العين للخليل (٥/ ٢٨٤).

بِهِ، فَيَتَسَارَعُ إِلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ لِحَاجَتِهِ أَوْ لِضَجرِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ، يَثْبُتُ الِاسْتِيفَاءُ مِن وَجْهٍ وَقَدْ تَقَرَّرَ بِالهَلَاكِ، فَلَو اسْتَوْفَاهُ ثَانِيًا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، بِخِلَافِ حَالَةِ القِيَامِ؛

الدين منه، وهو المال المتقوم، واختص بحق يمكن استيفاؤه من الرهن وهو الدين حتى لا يصح الرهن بالأعيان، ولا بالعقوبات كالقصاص والحدود، وكان لصاحب الحق قبله حقان: وجوب الدين وهو مختص بالذمم، واستيفاؤه وهو مختص بالأموال.

وعقد الرهن يختص بالمال دون الذمة فعلم أنه وثيقة لجانب الاستيفاء، والوثيقة بالشيء إنما تكون بزيادة من جنسه فعلم أن حكم الرهن ثبوت ملك اليد أو الحبس، وكونه مضمونا على القابض بما استوفى به، كما في حقيقة الاستيفاء؛ فإن المستوفى ثمة [٢/٤٤٨/أ] يكون مضمونا على المستوفي.

وله على الموفي مثل ذلك فصار قصاصا به؛ فكذا إذا قبضه رهنًا، وصار مضمونًا عليه بهذه اليد فإذا هلك وجب على المرتهن للراهن مثل ما كان للمرتهن على الراهن؛ فصار قصاصًا، وفي المقاصة آخر الدينين يكون قصاصًا بأولهما؛ فيكون المرتهن مستوفيًا حقه.

ولهذا يثبت الضمان بقدر حقه؛ لأن الاستيفاء يتحقق، وكأن الراهن جعل قدر الدين في وعاء، وسلمه إلى رب الدين؛ ليستوفي حقه منه فعند هلاكه في يده يتم استيفاؤه في مقدار حقه، ولهذا كان الفضل أمانة كما لو جعل الراهن خمسة عشر في كيس، ودفعه إلى رب الدين ليستوفي دينه عشرة منه؛ فيكون أمينا في الزيادة، والعين أمانة في يده؛ لأن الاستيفاء يحصل بالمالية؛ إذ الاستيفاء بالعين يكون استبدالًا والمرتهن عندنا مستوف لا مستبدل.

وقال زفر: بطريق البراءة في رواية، وبطريق الاستبدال في رواية.

وقلنا: الاستيفاء يقع بجنس الحق، والمجانسة بين الأموال باعتبار صفة المالية دون العين؛ فكان هو أمينًا في حق العين؛ كالكيس في حقيقة الاستيفاء حتى كان نفقة الرهن على الراهن إلى آخر ما ذكر في المتن.

وهذا في الحقيقة جواب عما تعلق الشافعي به فقال: كيف يكون الرهن

لِأَنَّهُ يَنْقُضُ هَذَا الِاسْتِيفَاءَ بِالرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ فَلَا يَتَكَرَّرُ، وَلَا وَجْهَ إِلَى اسْتِيفَاءِ البَاقِي بِدُونِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ، وَالِاسْتِيفَاءُ يَقَعُ بِالمَالِيَّةِ، أَمَّا العَيْنُ فَأَمَانَةٌ حَتَّى كَانَتْ نَفَقَةُ المَرْهُونِ عَلَى الرَّاهِنِ فِي حَيَاتِهِ وَكَفَنِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ، وَكَذَا قَبْضُ الرَّهْنِ لَا يَنُوبُ عَنْ

وثيقة لجانب الاستيفاء، وكيف يتحقق الاستيفاء بالهلاك مع أن العين أمانة في يده حتى لا يضمن الزائد من الدين عندكم وبالأمانة لا يتحقق الاستيفاء، وعما تعلق بأن المستحق لو استحق الرهن؛ يرجع المرتهن بالضمان والدين جميعا على الراهن فلو كان قبضه قبض ضمان لما رجع بالضمان عند الاستحقاق كالغاصب.

وعما تعلق أن المرتهن لو اشترى المرهون لا يصير قابضا بنفس الشراء، ولو كان مضمونا عليه بالقبض؛ لناب قبضه عن الشراء كقبض الغاصب، وعما تعلق أن المرهون بالرهن الفاسد لا يكون مضمونا، والفاسد معتبر بالجائز، وعما تعلق بأن نفقة الرهن على الراهن؛ فصار كالوديعة.

وكيف يستقيم قولكم من ضرورة ثبوت حق الحبس الضمان؛ فإن المستأجر بعد فسخ الإجارة محبوس عند المستأجر بالأجرة المعجلة بمنزلة المرهون، حتى إذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر غرمائه، ثم هو لم يكن هو مضمونا إذا هلك، وكذا زوائد الرهن عندكم أمانة، ومع ذلك لها حكم الضمان؛ علم أن معنى الأمانة لا ينافي حكم الرهن فأجاب عن هذا كله، **(والاستيفاء يقع بالمالية)** كما ذكرنا، أما العين أمانة كما قررناه.

وأما رجوع المرتهن بالدين والضمان عند الاستحقاق؛ فباعتبار الغرور؛ فالراهن هو المنتفع بقبض المرتهن حيث يصير موفيا عند الهلاك؛ فيصير المرتهن مغرورًا من جهته من هذا الوجه، والمغرور يرجع على الغارِّ بما ضمن، وبالاستحقاق يعلم أنه لم يكن رهنا فيرجع بدينه.

وفي رهن الفاسد غير مضمون غير مسلم؛ فإنه عندنا مضمون مع أنا لا نسلم ثبوت يد الاستيفاء في الرهن الفاسد، وفي مسألة الإجارة يد المستأجر بعد فسخ الإجارة ليست يد الاستيفاء؛ لأنها هي اليد التي كانت قبل الفسخ، وإنما قبض المستأجر لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الأجرة من المالية؛ فلم يصر مستوفيا بهلاكه.

قَبْضِ الشِّرَاءِ إِذَا اشْتَرَاهُ الْمُرْتَهِنُ؛ لِأَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ فَلَا تَنُوبُ عَنْ قَبْضِ ضَمَانٍ، وَمُوجِبُ العَقْدِ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ وَهَذَا يُحَقِّقُ الصِّيَانَةَ، وَإِنْ كَانَ فَرَاغُ الذِّمَّةِ مِن

وأما اختصاصه به دون سائر غرمائه؛ لأنه كان مخصوصا به قبل الفسخ؛ لاستيفاء المنفعة، وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الأجرة، أما زوائد الرهن كالولد، وكأن اليد في الزوائد تثبت بحكم السراية من الأصل لا بالعقد، ومتى ثبت حكم بطريق السراية لا يثبت فيها ضمان العقد، وإن كان يثبت فيها حكم العقد كولد المبيعة قبل القبض سرى إليه حكم العقد وهو الملك، ولا يثبت ضمان العقد فيه حتى لو هلك في يد البائع لا يسقط بإزائه شيء من الثمن.

قوله: (ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه)[1]؛ أي: لا وجه لاستيفاء ملك الرقبة بدون استيفاء ملك اليد لمكان الاستحالة.

قوله: (موجب العقد وجوب يد الاستيفاء)، وهذا أيضًا جواب عن قول الشافعي أن القول بكون الرهن وثيقة كانت[2] الاستيفاء يضاد الغرض في الرهن، وهو الصيانة.

قلنا: معنى الصيانة يتحقق فيما قلنا؛ لأن الاستيفاء ليس بإتواء للحق بل فيه يتحقق معنى الصيانة، ومن ضرورته فراغ ذمة الراهن عند الهلاك؛ فبذلك لا يخرج من كونه وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة؛ فإنها توجب [٢/٤٤٨/ب] الدين في ذمة المحتال عليه لصيانة حق الطالب، وإن كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل، وبه لا ينعدم معنى الوثيقة.

وبه فارق هلاك الشهود والصك؛ لأن سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء عند الهلاك، وذا يوجد في الصك والشهود.

فإن قيل: لو كانت هذه يد استيفاء؛ لأوجب الملك في المستوفى.

قلنا: لم نقل إنه يد استيفاء بل يد وثيقة للاستيفاء، والاستيفاء حقيقة يثبت الملك، وهو متأخر بالهلاك إلى الكل أشار في المبسوطين.

---

(١) في النسخة الثالثة: (كان).
(٢) انظر المتن ص ٢٥٥.

ضَرُورَاتِهِ كَمَا فِي الحَوَالَةِ، فَالحَاصِلُ: أَنَّ عِنْدَنَا حُكْمَ الرَّهْنِ صَيْرُورَةُ الرَّهْنِ مُحْتَبِسًا بِدَيْنِهِ بِإِثْبَاتِ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ عَلَيْهِ، وَعِنْدَهُ تَعَلُّقُ الدَّيْنِ بِالعَيْنِ اسْتِيفَاءً مِنْهُ عَيْنًا بِالبَيْعِ، فَيُخَرَّجُ عَلَى هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ عِدَّةٌ مِن المَسَائِلِ المُخْتَلَفِ فِيهَا بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ، عَدَدْنَاهَا فِي كِفَايَةِ المُنْتَهِي جُمْلَةً، مِنْهَا: أَنَّ الرَّاهِنَ مَمْنُوعٌ عَن الِاسْتِرْدَادِ لِلِانْتِفَاعِ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتُ مُوجَبُهُ، وَهُوَ الِاحْتِبَاسُ عَلَى الدَّوَامِ، وَعِنْدَهُ: لَا يَمْنَعُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنَافِي مُوجِبَهُ وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلْبَيْعِ، وَسَيَأْتِيك البَوَاقِي فِي أَثْنَاءِ المَسَائِلِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إِلَّا بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ)؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ،

قوله: (وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل) من البواقي؛ رهن المشاع فإنه لا يصح عندنا؛ لأن قبضه على الدوام لا يوجد فيه؛ إذ في المهايأة ثبوت حبسه يوم قبض الراهن.

وعنده يصلح؛ لما أن حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع غير مانع لجواز البيع بالاتفاق؛ فكذا لجواز الرهن.

قوله: (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون) وفي شرح الأقطع: هذا [للتأكيد][1] وإلا فجميع الديون مضمون.

قيل: هو احتراز عن ضمان الدرك؛ لأن الرهن بضمان الدرك باطل؛ لأن ضمان الدرك ليس بمال مستحق يمكن استيفاء [الرهن من الراهن][2]؛ فلو هلك في يد المرتهن لم يضمن؛ لأن ضمان الرهن ضمان استيفاء، والاستيفاء لا يسبق الوجوب كذا في المبسوط[3].

وما قيل: أنه احتراز عن بدل الكتابة غير صحيح؛ لأنه ذُكر في فتاوى قاضي خان وغيره: أن المولى لو أخذ رهنا ببدل الكتابة جاز، ولا يجوز أخذ الكفيل ببدل الكتابة، وعند الأئمة الثلاثة؛ لا يجوز أخذ الرهن ببدل الكتابة بعد لزومه.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) في الأصل: (من الرهن)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٤٠).

وَالِاسْتِيفَاءُ يَتْلُو الْوُجُوبَ. قَالَ ﷺ: وَيَدْخُلُ عَلَى هَذَا اللَّفْظِ الرَّهْنُ بِالأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِأَنْفُسِهَا، فَإِنَّهُ يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا وَلَا دَيْنَ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ فِيهَا هُوَ القِيمَةُ وَرَدُّ العَيْنِ مُخَلِّصٌ عَلَى مَا عَلَيْهِ أَكْثَرُ المَشَايِخِ وَهُوَ دَيْنٌ، وَلِهَذَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهَا، ....

قوله: (والاستيفاء يتلو الوجوب)؛ فلا بد من وجوب سابق ليكون الاستيفاء مبنيًّا عليه، ولا يلزم الرهن بدين موعود فإنه [يصح][1] عندنا كما يجيء، وقد حصل رهن قبل وجود الدين؛ لأنا جعلنا فرضًا سابقًا على عقد الرهن تصحيحًا لوعده؛ فكان الدين كالثابت تقديرًا.

قوله: (ويدخل)؛ أي يشكل ويلزم (على هذا اللفظ) وهو قوله: (إلا بدين مضمون).

(الأعيان المضمونة بأنفسها)؛ أي: بالقيمة كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء، والمقبوض في البيع الفاسد؛ فإنه يجوز الرهن بها عندنا خلافا للشافعي وأحمد.

لهما: أن غرض الرهن بيع المرهون، واستيفاء الحق من قيمته عند الحاجة، ويستحيل استيفاء الأعيان من ثمن المرهون. وعن مالك؛ أن الرهن بالأعيان المضمونة يجوز، وهو وجه لأصحاب الشافعي؛ لأنه يمكن أن يستوفى ضمانه من ثمن الرهن، ولهذا تصح الكفالة بالأعيان المضمونة.

أما الرهن بعين غير مضمونة مثل الأمانات لا يجوز بالإجماع، وبالأعيان المضمونة يجوز عند مالك، وعندنا يجوز بالعين المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع؛ فإنه مضمون بالثمن، ذكره في المبسوط[2] ويجيء بعد.

وقوله: (ويمكن أن يقال إن الواجب الأصلي) إلى آخره جواب عما يشكل على هذا اللفظ (فيها)؛ أي في الأعيان المضمونة بنفسها (هو القيمة) إن لم يكن لها مثل والقيمة أو المثل دين فيمكن استيفاؤه من مال الرهن.

ولهذا (تَصِحُّ الكفالة بها)؛ أي: بالأعيان المضمونة بنفسها وإن لم يهلك

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١٧١).

وَلَئِنْ كَانَ لَا يَجِبُ إِلَّا بَعْدَ الهَلَاكِ، وَلَكِنَّهُ يَجِبُ عِنْدَ الهَلَاكِ بِالقَبْضِ السَّابِقِ، وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ القَبْضِ فَيَكُونُ رَهْنًا بَعْدَ وُجُودِ سَبَبِ وُجُوبِهِ فَيَصِحُّ كَمَا فِي الكَفَالَةِ، وَلِهَذَا لَا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ المُقَيَّدَةُ بِهِ بِهَلَاكِهِ، بِخِلَافِ الوَدِيعَةِ، قَالَ: (وَهُوَ مَضْمُونٌ بِالأَقَلِّ مِن قِيمَتِهِ وَمِنَ الدَّيْنِ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ، وَقِيمَتُهُ وَالدَّيْنُ سَوَاءٌ: صَارَ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لِدَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ: فَالفَضْلُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّ المَضْمُونَ بِقَدْرِ مَا يَقَعُ بِهِ الِاسْتِيفَاءُ، وَذَاكَ بِقَدْرِ الدَّيْنِ (وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ: سَقَطَ مِن الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ، وَرَجَعَ المُرْتَهِنُ بِالفَضْلِ)؛ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ بِقَدْرِ المَالِيَّةِ، وَقَالَ زُفَرُ:

لما أنه انعقد سبب وجوب القيمة، وصحة الكفالة دليل على أن الموجب الأصلي في العين المغصوبة هو القيمة؛ لأنه لو لم تكن لما صحت الكفالة؛ لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة أو الدين في الانتهاء، ولهذا يصح رجوع الكفيل على الأصل فلو لم يكن في الانتهاء [ضم][1] الذمة في الدين؛ لكان تمليك الدين من غير من عليه الدين.

وقوله: (ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة) مؤكد لقوله: (إن الموجب الأصلي القيمة)؛ فإن الحوالة المقيدة بعين على نوعين: مقيدة بعين وديعة، والثاني بعين مغصوبة.

وفي الوديعة تبطل الحوالة بهلاكها، وعاد الدين إلى المحيل؛ لأن الوديعة هلكت لا إلى خلف؛ ففات العين صورة ومعنى فتبطل الحوالة وفي العين المغصوبة لا تبطل الحوالة؛ لأن المغصوب هلك إلى خلف وهو الضمان، والضمان يقوم مقام المضمون؛ فكان المغصوب قائما معنى فلا تبطل الحوالة، كذا في الذخيرة.

قوله: (وهو)؛ أي الرهن مضمون بأقل من قيمته هكذا وقع في بعض نسخ القدوري، والصحيح بالأقل بالألف واللام، واعتبر هذا بقول الرجل: مررت بأعلم من زيد وعمرو [٢/٤٤٩/أ]، يكون الأعلم غيرهما، ولو قال: بالأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم واحدًا منهما، وكلمة من للتمييز، كذا في البدرية.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الرَّهْنُ مَضْمُونٌ بِالقِيمَةِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ، وَقِيمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ، وَالدَّيْنُ أَلْفٌ رَجَعَ الرَّاهِنُ عَلَى المُرْتَهِنِ بِخَمْسِمِائَةٍ. لَهُ: حَدِيثُ عَلِيٍّ ﷺ قَالَ: "يَتَرَادَّانِ الفَضْلَ فِي الرَّهْنِ" وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الدَّيْنِ مَرْهُونَةٌ، لِكَوْنِهَا مَحْبُوسَةً بِهِ، فَتَكُونُ مَضْمُونَةً اعْتِبَارًا بِقَدْرِ الدَّيْنِ، وَمَذْهَبُنَا مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ ﷺ، وَلِأَنَّ يَدَ المُرْتَهِنِ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ، فَلَا تُوجِبُ الضَّمَانَ إِلَّا بِالقَدْرِ المُسْتَوْفِي كَمَا فِي حَقِيقَةِ الِاسْتِيفَاءِ، وَالزِّيَادَةُ مَرْهُونَةٌ بِهِ ضَرُورَةَ امْتِنَاعِ حَبْسِ الأَصْلِ بِدُونِهَا، وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، وَالمُرَادُ بِالتَّرَادِّ فِيمَا يُرْوَى حَالَةَ البَيْعِ، فَإِنَّهُ

قوله: (له)؛ أي لزفر حديث علي فإنه قال: يترادّان الفضل في الرهن، والترادّ ما يكون من الجانبين فلا جرم يردّ المرتهن فضل الرهن[1] كما يردّ الراهن فضل الدين.

قوله: (كما في حقيقة الاستيفاء) فإنه إذا أوفاه ألفين في كيس وحقه ألف؛ يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين أمانة في يده فكذلك الرهن.

وقوله: (والزيادة مرهونة...) إلى آخره، جواب عن قول زفر؛ يعني لو لم يجعلها مرهونة يؤدي إلى الشيوع أو لأنه لا يمكنه حبس قدر الدين إلا بحبس الباقي كما إذا رهن عبدًا قيمته أزيد من الدين حتى لا تتميز الزيادة من الأصل؛ فيثبت له حبس الكل حتى لو ميز الزيادة من قدر الدين لا يثبت له حبس الزيادة؛ بأن رهن عبدًا قيمته ألفا درهم فأخذ المرتهن الألفين من العامل، وأراد حبس الكل ليس له ذلك؛ لأنه أمكنه حبس قدر الدين بدون الزيادة بخلاف ما نحن فيه وفي مبسوط شيخ الإسلام وهذا الدليل هو الأصح.

قوله: (ولا ضرورة في حق الضمان)؛ لصحة الرهن مع عدم الضمان كما إذا استعار الراهن الرهن من المرتهن؛ فالرهن باق، والضمان من المرتهن منتف على ما يجيء.

قوله: (حالة البيع) يعني إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن؛ يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه، ولو كان الدين زائدًا على الثمن يرد الراهن زيادة

---

(١) في الأصل: (النهر)، والمثبت من النسخة الثانية.

رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: المُرْتَهِنُ أَمِينٌ فِي الفَضْلِ.

قَالَ: (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُطَالِبَ الرَّاهِنَ بِدَيْنِهِ وَيَحْبِسَهُ بِهِ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُ بَاقٍ بَعْدَ الرَّهْنِ، وَالرَّهْنُ لِزِيَادَةِ الصِّيَانَةِ فَلَا تَمْتَنِعُ بِهِ المُطَالَبَةُ، وَالحَبْسُ جَزَاءُ الظُّلْمِ، فَإِذَا ظَهَرَ مَطْلُهُ عِنْدَ القَاضِي يَحْبِسُهُ كَمَا بَيَّنَّاهُ عَلَى التَّفْصِيلِ فِيمَا تَقَدَّمَ (وَإِذَا طَلَبَ المُرْتَهِنُ دَيْنَهُ، يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ مَالَهُ مَعَ قِيَامِ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَتَكَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ عَلَى اعْتِبَارِ الهَلَاكِ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ، وَهُوَ مُحْتَمَلٌ (وَإِذَا أَحْضَرَهُ، أَمَرَ الرَّاهِنَ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ أَوَّلًا) لِيَتَعَيَّنَ حَقُّهُ كَمَا تَعَيَّنَ حَقُّ الرَّاهِنِ، تَحْقِيقًا لِلتَّسْوِيَةِ كَمَا فِي تَسْلِيمِ المَبِيعِ وَالثَّمَنِ، يُحْضَرُ المَبِيعُ ثُمَّ يُسَلَّمُ الثَّمَنُ أَوَّلًا (وَإِنْ طَالَبَهُ بِالدَّيْنِ فِي غَيْرِ البَلَدِ الَّذِي وَقَعَ العَقْدُ فِيهِ، إِنْ كَانَ الرَّهْنُ مِمَّا لَا حَمْلَ لَهُ وَلَا مُؤْنَةَ، فَكَذَلِكَ الجَوَابُ)؛ لِأَنَّ الأَمَاكِنَ كُلَّهَا فِي حَقِّ التَّسْلِيمِ كَمَكَانٍ وَاحِدٍ فِيمَا لَيْسَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ؛ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ فِيهِ فِي بَابِ السَّلَمِ بِالإِجْمَاعِ (وَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، يَسْتَوْفِي دَيْنَهُ وَلَا يُكَلَّفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّ هَذَا نَقْلٌ، وَالوَاجِبُ عَلَيْهِ التَّسْلِيمُ بِمَعْنَى التَّخْلِيَةِ، لَا النَّقْلُ مِن مَكَان إِلَى مَكَان؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ زِيَادَةَ الضَّرَرِ وَلَمْ يَلْتَزِمْهُ.

(وَلَوْ سَلَّطَ الرَّاهِنُ العَدْلَ عَلَى بَيْعِ المَرْهُونِ فَبَاعَهُ بِنَقْدٍ، أَوْ نَسِيئَةٍ جَازَ) لِإِطْلَاقِ الأَمْرِ (فَلَوْ طَالَبَ المُرْتَهِنُ بِالدَّيْنِ، لَا يُكَلَّفُ المُرْتَهِنُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ)؛ ....

الدين وإنما حملناه على حالة توفيقا بين [حديثي عليّ][1] فإنه روي عنه أنه قال: (المرتهن أمين في الفضل) رواه محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنه.

قوله: (فيما تقدم)؛ أي في فصل الحبس من كتاب أدب القاضي زيادة ضرر لم يلتزمه؛ فإن العين أمانة في يده، ولكن للراهن أن يحلفه بالله ما هلك.

قوله: (جاز لإطلاق الأمر) حتى لو قيده بالنقد لا يجوز بيعه نسيئة.

قال أبو علي النسفي: إذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بأن قال: إن المرتهن يطالبني بدينه ويؤذيني؛ فبعه حتى أنجو منه فباع نسيئة لا يجوز، كما لو قال

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى الإِحْضَارِ (وَكَذَا إِذَا أَمَرَ المُرْتَهِنَ بِبَيْعِهِ فَبَاعَهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ دَيْنًا بِالبَيْعِ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ، فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ رَهَنَهُ وَهُوَ دَيْنٌ (وَلَوْ قَبَضَهُ، يُكَلَّفُ إِحْضَارَهُ لِقِيَامِ البَدَلِ مَقَامَ المُبْدَلِ)؛ لِأَنَّ الَّذِي يَتَوَلَّى قَبْضَ الثَّمَنِ هُوَ المُرْتَهِنُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ العَاقِدُ فَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إِلَيْهِ، وَكَمَا يُكَلَّفُ إِحْضَارَ الرَّهْنِ لِاسْتِيفَاءِ كُلِّ الدَّيْنِ، يُكَلَّفُ لِاسْتِيفَاءِ نَجْمٍ قَدْ حَلَّ لِاحْتِمَالِ الهَلَاكِ، ....

لغيره: بع عبدي فإني محتاج إلى النفقة، ولو كان المرتهن هو العدل فقال الراهن: بعه واستوف دينك من ثمنه فباع بالنسيئة؛ يجوز كيفما باع، كذا في الذخيرة.

قوله: (لأنه لا قدرة له)؛ أي: للمرتهن **(على الإحضار)**؛ لأنه باعه بإذن الراهن فصار الدين رهنا؛ فلا يجب عليه التسليم إلى أن يقبضه من مشتري الرهن، كذا في زيادات العتابي.

قوله: (فصار كأن الراهن رهنه وهو دين)، فإن قيل: لو وهب الدين ابتداء لا يصح إلا في وجه للشافعي؛ لأنه لا يكون محلًّا للراهن.

قلنا: نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين؛ لكونه بدلا عن المقبوض، وهو قد كان صالحا كذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعا لا مقصودا، وإنما يصير كأن الراهن رهنه وهو دين؛ كأنه لما باعه بإذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن فيه، وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن، ولهذا لو باعه بأقل من الدين لا يسقط شيء من دينه؛ فصار كأنه رهنه ولم يسلم؛ بل وضعه على يدي عدل، كذا في زيادات قاضي خان.

قوله: (لأن الذي[1]...) إلى آخره، استثناء من قوله: **(فصار كأن الراهن رهنه وهو دين)** على تقدير جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: لما صار كذلك ينبغي ألا يكون للمرتهن ولاية قبض الثمن من المشتري، كما لو كان الرهن في يد العدل فقال: ولايته لقبضه باعتبار أنه عاقد.

قوله: (لاستيفاء نجم قد حل) بأن كان الدين منجَّمًا فأدّى نجمًا واحدًا؛ لأنه لا ضرر له في الإحضار، وفيه فراغ قلب الراهن عند توهم الهلاك، ولكن

---

(١) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (إلا أن يأذن له المالك).

ثُمَّ إِذَا قَبَضَ الثَّمَنَ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِهِ لِاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ العَيْنِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ رَجُلٌ عَبْدَ الرَّهْنِ خَطَأً حَتَّى قَضَى بِهِ بِالقِيمَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لَمْ يُجْبَر الرَّاهِنُ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ حَتَّى يُحْضِرَ كُلَّ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ القِيمَةَ خَلَفٌ عَن الرَّهْنِ، فَلَا بُدَّ مِن إِحْضَارِ كُلِّهَا، كَمَا لَا بُدَّ مِن إِحْضَارِ كُلِّ عَيْنِ الرَّهْنِ وَمَا صَارَتْ قِيمَةً بِفِعْلِهِ، وَفِيمَا تَقَدَّمَ صَارَ دَيْنًا بِفِعْلِ الرَّاهِنِ، فَلِهَذَا افْتَرَقَا (وَلَوْ وَضَعَ الرَّهْنَ عَلَى يَدِ العَدْلِ، وَأُمِرَ أَنْ يُودِعَهُ غَيْرَهُ، فَفَعَلَ، ثُمَّ جَاءَ المُرْتَهِنُ يَطْلُبُ دَيْنَهُ، لَا يُكَلَّفُ

لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين بإجماع العلماء.

وفي الزيادات وشرح الجامع والمحيط: لا يجبر على إحضاره لعدم فائدة الإحضار في القياس، وفي الاستحسان يجبر بإحضاره إذا كان في المصر الذي رهنه؛ لفراغ قلب الراهن عن توهم الهلاك، وهذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن، أما إذا لم يدع لا فائدة في الإحضار.

قوله: (**يؤمر**)؛ أي المرتهن (**بإحضاره**) أي بإحضار الثمن (**لقيامه**)؛ أي لقيام (**العين**)؛ أي الرهن.

قوله: (**وهذا**) إشارة [٢/٤٤٩/ب] إلى قوله: (**يكلف لاستيفاء نجم قد حل**)[١] بخلاف مسألة القتل؛ حيث لا يكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤديه (**وما صارت**)؛ أي عين العبد قيمة، أو قيمة العبد قيمة.

(**بفعله**)؛ أي: بفعل الراهن بل بفعل الأجنبي، وفيما تقدم وهو بيع العدل أو المرتهن؛ إنما صارت دينا بفعل الراهن؛ لأنه بتسليط من جهته.

قوله: (**ففعل**)؛ أي: أودعه.

وفي الإيضاح: وكذا إذا لم يودعه، وكان في يد العدل لا يؤمر المرتهن بإحضار الرهن، وأمر الراهن بتسليم الدين؛ لأنه لم يرض بيد المرتهن؛ فلا يلزمه إحضار ما ليس في يده، ألا ترى أن المرتهن لو أخذه من يد العدل كان غاصبا ضامنا؛ فكيف يلزمه إحضار شيء لو أخذه يصير غاصبا.

---

(١) انظر المتن ص ٢٦٢.

إِحْضَارَ الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْتَمَنْ عَلَيْهِ حَيْثُ وُضِعَ عَلَى يَدِ غَيْرِهِ، فَلَمْ يَكُنْ تَسْلِيمُهُ فِي قُدْرَتِهِ (وَلَوْ وَضَعَهُ العَدْلُ فِي يَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ، وَغَابَ وَطَلَبَ المُرْتَهِنُ دَيْنَهُ، وَالَّذِي فِي يَدِهِ يَقُولُ: أَوْدَعَنِي فُلَانٌ وَلَا أَدْرِي لِمَنْ هُوَ، يُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ إِحْضَارَ الرَّهْنِ لَيْسَ عَلَى المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ شَيْئًا.

(وَكَذَلِكَ إِذَا غَابَ العَدْلُ بِالرَّهْنِ، وَلَا يُدْرَى أَيْنَ هُوَ) لِمَا قُلْنَا (وَلَوْ أَنَّ الَّذِي أَوْدَعَهُ العَدْلُ جَحَدَ الرَّهْنَ، وَقَالَ: هُوَ مَالِي، لَمْ يَرْجِعِ المُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ، حَتَّى يَثْبُتَ كَوْنُهُ رَهْنًا)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَحَدَ الرَّهْنَ فَقَدْ تَوَى المَالُ وَالتَّوَى عَلَى المُرْتَهِنِ، فَيَتَحَقَّقُ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ وَلَا يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بِهِ. قَالَ: (وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ، لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِن البَيْعِ حَتَّى يَقْضِيَهُ الدَّيْنَ)؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الحَبْسُ الدَّائِمُ إِلَى أَنْ يَقْضِيَ الدَّيْنَ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ قَضَاهُ البَعْضَ، فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ كُلَّ الرَّهْنِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ البَقِيَّةَ) اعْتِبَارًا بِحَبْسِ المَبِيعِ (فَإِذَا قَضَاهُ الدَّيْنَ، قِيلَ لَهُ: سَلِّمِ الرَّهْنَ إِلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِن التَّسْلِيمِ لِوُصُولِ الحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ (فَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ: اسْتَرَدَّ الرَّاهِنُ مَا قَضَاهُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْتَوْفِيًا عِنْدَ الهَلَاكِ بِالقَبْضِ السَّابِقِ، فَكَانَ الثَّانِي اسْتِيفَاءً بَعْدَ اسْتِيفَاءٍ فَيَجِبُ رَدُّهُ (وَكَذَلِكَ لَوْ تَفَاسَخَا الرَّهْنَ: لَهُ حَبْسُهُ، مَا لَمْ يَقْبِضِ الدَّيْنَ، .....

قوله: (لما قلنا)، وهو أن المرتهن لم يقبض شيئًا.

قوله: (حتى يقضيه الدين)؛ أي من ثمنه، وقد صرح في الزاد فقال: حتى يقضيه الدين من ثمنه لأن في هذا نقص يد الاستيفاء، وربما لا يصل إليه دينه من ثمنه.

قوله: (فلو هلك)؛ أي الرهن بعد قضاء الدين (قبل التسليم) إلى قوله: (فيجب رده) تفاديا عن الربا بخلاف ما لو وهب الدين أو أبرأ الراهن من الدين، ثم هلك الرهن قبل التسليم حيث لا يسترد الراهن؛ لما أن الرهن عقد استيفاء في حق ملك اليد والحبس، ويتقرر ذلك من وقت وجود القبض؛ فإذا هلك بعد قضاء الدين تقرر الاستيفاء من وقت وجود القبض؛ ظهر أن القضاء حصل بعد الاستيفاء مرة فيسترده تفاديا عن الربا.

أما الإبراء والهبة يقتصر على الحال وينعدم الدين؛ فلا يظهر أن الهلاك

أَوْ يُبْرِئُهُ، وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الرَّاهِنِ عَلَى وَجْهِ الفَسْخِ)؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى مَضْمُونًا مَا بَقِيَ القَبْضُ وَالدَّيْنُ (وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ سَقَطَ الدَّيْنُ إِذَا كَانَ بِهِ وَفَاءٌ بِالدَّيْنِ) لِبَقَاءِ الرَّهْنِ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالرَّهْنِ لَا بِاسْتِخْدَامٍ، وَلَا بِسُكْنَى وَلَا لُبْسٍ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ المَالِكُ)؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الحَبْسِ دُونَ الِانْتِفَاعِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ إِلَّا بِتَسْلِيطٍ مِنَ الرَّاهِنِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ وَيُعِيرَ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الِانْتِفَاعِ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ تَسْلِيطَ غَيْرِهِ عَلَيْهِ، فَإِنْ فَعَلَ كَانَ مُتَعَدِّيًا، وَلَا يَبْطُلُ عَقْدُ الرَّهْنِ بِالتَّعَدِّي.

كان استيفاء قبل القضاء؛ فلا يظهر بطلان استيفائه، ولأن مقصود الراهن عند تسليم الرهن إليه أن تتبرأ ذمته عند هلاك الرهن من غير أن يلزمه شيء آخر، وقد حصل له هذا المقصود بالإبراء قبل هلاك الرهن؛ فلا يستوجب عند هلاك الرهن شيئا آخر كمن عجل الدين المؤجل ثم حل الأجل، وكمن عجل الزكاة قبل الحول ثم تم الحول لا يلزمه شيء آخر لهذا المعنى؛ بخلاف ما لو استوفى الدين فهناك لم يحصل مقصوده؛ لأن ذمته إنما برئت بما أدى من المال كذا في المبسوط والذخيرة.

وعند الشافعي وأحمد؛ أمانة في يده في كل الصور.

قوله: (**أو يبرئه**) وذلك لأن الرهن لا ينفسخ مقصودا بالمناقضة بالقول حتى لا يكون للراهن حق الأخذ بغير رضى المرتهن بعد المناقضة، وصار وجود هذه المناقضة وعدمها بمنزلة، (**إلّا بالرّد على الرّاهن على وجه الفسخ**) قيد به؛ لأن الرد على وجه العارية لا يبطل عقد الرهن؛(**لأنه**)؛ أي: الرهن يبقى مضمونا ما بقي القبض[1].

قوله: (**وليس للمرتهن أن ينتفع...**) إلى آخره ولا يعلم فيه خلاف وفي بعض النسخ: (**وليس له أن يبيع**) الرهن لا يقتضي البيع فلا يثبت بدون الوكالة كذا في الكافي.

أما يجوز الانتفاع للمرتهن بإذن الراهن بلا خلاف، وكذا البيع ولو انتفع بإذن الراهن، وهلك الرهن حالة استعماله يهلك أمانة بلا خلاف، أما لو هلك

(١) وقع تقديم وتأخير بالنسختين، وأصلحناه على ما في المتن.

قَالَ: (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرَّهْنَ بِنَفْسِهِ، وَزَوْجَتِهِ، وَوَلَدِهِ، وَخَادِمِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ) قَالَ ﷺ: مَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ الوَلَدُ فِي عِيَالِهِ أَيْضًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ عَيْنَهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالوَدِيعَةِ (وَإِنْ حَفِظَهُ بِغَيْرِ مَنْ فِي عِيَالِهِ، أَوْ أَوْدَعَهُ، ضَمِنَ) هَلْ يَضْمَنُ الثَّانِي؟ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَقَدْ بَيَّنَّا جَمِيعَ ذَلِكَ بِدَلَائِلِهِ فِي الوَدِيعَةِ (وَإِذَا تَعَدَّى المُرْتَهِنُ فِي الرَّهْنِ، ضَمِنَهُ ضَمَانَ الغَصْبِ بِجَمِيعِ قِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى مِقْدَارِ الدَّيْنِ أَمَانَةٌ، وَالأَمَانَاتُ تُضْمَنُ بِالتَّعَدِّي (وَلَوْ رَهَنَهُ خَاتَمًا فَجَعَلَهُ فِي خِنْصِرِهِ، فَهُوَ ضَامِنٌ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِالِاسْتِعْمَالِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ، وَإِنَّمَا الإِذْنُ بِالحِفْظِ، وَاليُمْنَى وَاليُسْرَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ العَادَةَ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ (وَلَوْ جَعَلَهُ فِي بَقِيَّةِ الأَصَابِعِ، كَانَ رَهْنًا بِمَا فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْبَسُ كَذَلِكَ عَادَةً، فَكَانَ مِن بَابِ الحِفْظِ، وَكَذَا الطَّيْلَسَانُ إِنْ لَبِسَهُ لُبْسًا مُعْتَادًا ضَمِنَ، وَإِنْ وَضَعَهُ عَلَى عَاتِقِهِ لَمْ يَضْمَنْ (وَلَوْ رَهَنَهُ سَيْفَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةً، فَتَقَلَّدَهَا، لَمْ يَضْمَنْ فِي الثَّلَاثَةِ، وَضَمِنَ فِي السَّيْفَيْنِ)؛ لِأَنَّ العَادَةَ جَرَتْ بَيْنَ الشُّجْعَانِ بِتَقَلُّدِ السَّيْفَيْنِ فِي الحَرْبِ، وَلَمْ تَجْرِ بِتَقَلُّدِ الثَّلَاثَةِ، وَإِنْ لَبِسَ خَاتَمًا فَوْقَ خَاتَمٍ، إِنْ كَانَ هُوَ مِمَّنْ يَتَجَمَّلُ بِلُبْسِ خَاتَمَيْنِ ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَجَمَّلُ بِذَلِكَ فَهُوَ

قبل الاستعمال أو بعده يهلك بالدين عندنا ذكره في الفصول.

وفي المبسوط: ولو كان الرهن أَمَةً لا يحل وطؤها؛ لأن أمر الفرج أشد حرمة، ومع هذا لو وطئها المرتهن على ظن أنها تحل؛ لا يجب الحد، وبه قال أكثر أهل العلم إلا مالك فإنه يقول: يجب الحد عليه، وإن ظن حِلَّها. وقلنا بثبوت ملك اليد عليها له بعقد الرهن، وذلك مسقط للحد.

وهل يجب العقر عندنا يجب، وعند أحمد؛ إن وطئها بإذن الراهن لا يجب وإلا يجب، وعند الشافعي كالمذهبين، ولو استعار أمة ليرهنها فوطئها الراهن على ظن أنها تحل له يسقط الحد عندنا؛ لأن حقه فيها نظير حق المرتهن، أما ليس للراهن وطء الأمة المرهونة عند أكثر أهل العلم، وعن بعض أصحاب الشافعي له وطء الآيسة والصغيرة؛ لعدم تضرر المرتهن فيه.

قوله: (معناه أن يكون الولد في عياله أيضًا)، وفي الذخيرة: ذكر محمد رحمه الله من جملة من في عياله؛ زوجته وولده وأجيره الخاص الذي استأجره

حَافِظٌ فَلَا يَضْمَنُ قَالَ: (وَأُجْرَةُ البَيْتِ الَّذِي يُحْفَظُ فِيهِ الرَّهْنُ عَلَى المُرْتَهِنِ، وَكَذَلِكَ أُجْرَةُ الحَافِظِ، وَأُجْرَةُ الرَّاعِي، وَنَفَقَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ) وَالأَصْلُ: أَنَّ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَصْلَحَةِ الرَّهْنِ وَتَبْقِيَتِهِ: فَهُوَ عَلَى الرَّاهِنِ، سَوَاءٌ كَانَ فِي الرَّهْنِ فَضْلٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ لِأَنَّ العَيْنَ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ، وَكَذَلِكَ مَنَافِعُهُ مَمْلُوكَةٌ لَهُ، فَيَكُونُ إِصْلَاحُهُ وَتَبْقِيَتُهُ عَلَيْهِ، لِمَا أَنَّهُ مُؤْنَةُ مِلْكِهِ كَمَا فِي الوَدِيعَةِ، وَذَلِكَ مِثْلُ النَّفَقَةِ فِي مَأكَلِهِ وَمَشْرَبِهِ، وَأُجْرَةُ الرَّاعِي فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ عَلَفُ الحَيَوَانِ، وَمِنْ هَذَا الجِنْسِ، كِسْوَةُ الرَّقِيقِ، وَأُجْرَةُ ظِئْرِ وَلَدِ الرَّهْنِ، وَسَقْيُ البُسْتَانِ، وَكَرْيُ النَّهْرِ، وَتَلْقِيحُ نَخِيلِهِ وَجُذَاذُهُ، وَالقِيَامُ بِمَصَالِحِهِ، وَكُلُّ مَا كَانَ لِحِفْظِهِ أَوْ لِرَدِّهِ إِلَى يَدِ المُرْتَهِنِ، أَوْ لِرَدِّ جُزْءٍ مِنْهُ، فَهُوَ عَلَى المُرْتَهِنِ، مِثْلُ أُجْرَةِ الحَافِظِ؛ لِأَنَّ الإِمْسَاكَ حَقٌّ لَهُ، وَالحِفْظُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ بَدَلُهُ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ أُجْرَةُ البَيْتِ الَّذِي يُحْفَظُ الرَّهْنُ فِيهِ، وَهَذَا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ كِرَاءَ المَأْوَى عَلَى الرَّاهِنِ بِمَنْزِلَةِ النَّفَقَةِ؛ لِأَنَّهُ سَعَى

بمشاهرة أو مشافهة، ثم ذكر والحاصل أن العبرة في هذا الباب بالمالية ولا عبرة للنفقة، وقد بيناه في الوديعة.

قوله: (والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته)؛ أي: الرهن يعني كل ما يرجع إلى البقاء **(فهو على الراهن)** ولا خلاف فيه [٢/ ٤٥٠/ أ] للعلماء حتى لو أبى الراهن أن ينفق يجبره القاضي، أو يأمر المرتهن أن ينفق عليه ويكون دينا على الراهن؛ فإذا قضى الراهن الدين للمرتهن أن يحبسه بالنفقة؛ فإذا هلك بعد ذلك لا شيء للراهن عند زفر.

وقال أبو يوسف: لو هلك في يد المرتهن فالنفقة دين على الراهن لعدم الرهن في حق النفقة كذا في الذخيرة وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (فكل ما كان لحفظه)؛ أي لحفظ الرهن **(لرده إلى يد المرتهن)** مثل جعل الآبق أو رد جزء منه كمداواة الجراح.

وفي شرح الطحاوي: ولهذا لو شرط الراهن شيئًا للمرتهن على الحفظ لا يصح، بخلاف المودع إذا شرط شيئًا للمودع على الحفظ يصح.

فِي تَبْقِيَتِهِ، وَمِنْ هَذَا القِسْمِ جُعْلُ الآبِقِ، فَإِنَّهُ عَلَى المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى إِعَادَةِ الاِسْتِيفَاءِ الَّتِي كَانَتْ لَهُ لِيَرُدَّهُ، فَكَانَتْ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فَيَلْزَمُهُ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ وَالدَّيْنِ سَوَاءً، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ، فَعَلَيْهِ بِقَدْرِ المَضْمُونِ، وَعَلَى الرَّاهِنِ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَالرَّدُّ لِإِعَادَةِ اليَدِ، وَيَدُهُ فِي الزِّيَادَةِ يَدُ المَالِكِ، إِذْ هُوَ كَالمُودِعِ فِيهَا، فَلِهَذَا يَكُونُ عَلَى المَالِكِ، وَهَذَا بِخِلَافِ أُجْرَةِ البَيْتِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، فَإِنَّ كُلَّهَا تَجِبُ عَلَى المُرْتَهِنِ، وَإِنْ كَانَ فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ فَضْلٌ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ ذَلِكَ بِسَبَبِ الحَبْسِ، وَحَقُّ الحَبْسِ فِي الكُلِّ ثَابِتٌ لَهُ، فَأَمَّا الجُعْلُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ لِأَجْلِ الضَّمَانِ، فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ المَضْمُونِ **(وَمُدَاوَاةُ الجِرَاحَةِ وَالقُرُوحِ وَمُعَالَجَةُ الأَمْرَاضِ وَالفِدَاءُ مِنَ الجِنَايَةِ، تَنْقَسِمُ عَلَى المَضْمُونِ وَالأَمَانَةِ، وَالخَرَاجُ عَلَى الرَّاهِنِ خَاصَّةً)**؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُؤَنِ المِلْكِ، **(وَالعُشْرُ فِيمَا يَخْرُجُ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ المُرْتَهِنِ)**، لِتَعَلُّقِهِ بِالعَيْنِ، وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ فِي البَاقِي؛ لِأَنَّ وُجُوبَهُ لَا يُنَافِي مِلْكَهُ،

قوله: (ومن هذا القسم)؛ أي من القسم الذي تجب مؤنته على المرتهن، وعند الأئمة الثلاثة الكل على الراهن؛ لأن الملك له فيما يجب من شأن الملك على المالك ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**لِصاحِبِهِ غُنْمُهُ وعلَيهِ غُرْمُهُ**»[(١)]، والجعل والمداواة تنقسم على المضمونة والأمانة كما ذكر في المتن عندهما.

قوله: «لتعلقه»؛ أي لتعلق العشر **(بالعين)**؛ فيكون مقدما على حق المرتهن؛ لأن حق المرتهن متعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين، والعين متقدم على المالية؛ فكذا ما يتعلق به.

صورة المسألة؛ أن يرهن أرضا فيها نخل وشجر وزرع وارتهن ذلك معها، وهي من أرض العشر؛ فأخذ السلطان العشر من الريع؛ فإن ذلك لا يسقط شيئًا من الدين؛ لأن الراهن بقدر العشر من الغلة قضى حقًّا واجبًا عليه؛ فلا يسقط الدين إذ لو سقط أدى إلى أن يصير قابضا بمال واحد حقين الدين، والعشر وقصد الأجور.

(ولا يبطل الرهن) هذا لنفي شبهة ترد على قوله: **(لتعلقه بالعين)** يعني لما

---

(١) تقدم تخريجه قريبا.

بِخِلَافِ الِاسْتِحْقَاقِ، (وَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا مِمَّا وَجَبَ عَلَى صَاحِبِهِ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَمَا أَنْفَقَ أَحَدُهُمَا مِمَّا يَجِبُ عَلَى الآخَرِ بِأَمْرِ القَاضِي رَجَعَ عَلَيْهِ)، كَأَنَّ صَاحِبَهُ أَمَرَهُ بِهِ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ القَاضِي عَامَّةٌ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِذَا كَانَ صَاحِبُهُ حَاضِرًا،

كان متعلقا بالعين يصير كما لو استحق بعض العين فقال: وجوب العشر لا ينافي ملكه لما ذكرنا أن الراهن بقدر العشر قضى حقًّا واجبًا وقدر العشر ملكه، ولهذا لو أدى العشر من موضع آخر أو باعه؛ جاز فإذا أخذه السلطان، والباقي مقسوم فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا طارئا ولا مقارنا؛ فلا يبطل الرهن.

أما في الاستحقاق تبين أن قدر المستحق لم يصح الرهن في حقه؛ لأنه ملك الغير وإنما صح فيما وراءه، وما وراءه مشاع ورهن المشاع باطل كذا في المبسوطين، والخارج من أرض الرهن، له حكم الرهن كولد المرهونة.

قوله: (وما أداه أحدهما)؛ أي: من الراهن والمرتهن ما وجب على صاحبه بغير إذنه؛ فهو متطوع لأنه قضى دين غيره بغير أمره.

قوله: (بأمر القاضي رجع عليه)، وفي الذخيرة: لا يكفي مجرد الأمر بالإنفاق، ولا بد من أن يجعله دينا على الراهن، والتنصيص بهذا؛ لأن الأمر يتردد بين الأمر بالإنفاق حسبة وبين الإنفاق ليكون دينًا عليه؛ فعقد الإطلاق لا يثبت إلا أدناهما فلا يثبت دينًا إلا بالتنصيص عليه، وعليه أكثر مشايخنا كما مر في اللقطة.

وهذا بخلاف صاحب العلو إذا بنى السفل بدون أمر القاضي فإنه يرجع على صاحب السفل؛ لأنه مضطر في بناء علوه سواء كان صاحب السفل حاضرًا أو غائبًا؛ لأنه لو رفع إلى القاضي لا يجبره على البناء حالة الحضور.

أما هاهنا يجبر الراهن والمرتهن فإذا كان أحدهما غائبا يأمر القاضي بالإنفاق للحاجة إذا كان فيه مصلحة؛ فلا يكون مضطرًّا فإذا كان بأمر القاضي يرجع وبغيره لا كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

وَإِنْ كَانَ بِأَمْرِ القَاضِي، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنَّهُ يَرْجِعُ فِي الوَجْهَيْنِ(*)، وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةِ الحَجْرِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا يَجُوزُ ارْتِهَانُهُ وَالِارْتِهَانُ بِهِ وَمَا لَا يَجُوزُ

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ المُشَاعِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ، وَلَنَا فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا يَبْتَنِي عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ، فَإِنَّهُ عِنْدَنَا ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ، وَهَذَا لَا يُتَصَوَّرُ

(**وهي فرع مسألة الحجر**) وأبو حنيفة رحمه الله لا يرى حجر القاضي على الحر فلا يكون نافذًا عليه حال غيبته وحضوره، وعندهما للقاضي ولاية حجره حال غيبته وحضوره فنفذ عليه أمر القاضي حال غيبته وحضوره.

بَابُ مَا يَجُوزُ الِارْتِهَانُ بِهِ وَمَا لَا يَجُوزُ

لما ذكر مقدمات الرهن شرع في تفصيل ما يجوز رهنه وما لا يجوز.

قوله: (**ولا يجوز رهن المشاع**) سواء كان ما يحتمل القسمة أو لا يحتمل وسواء رهن من أجنبي أو شريكه، ثم ذكر عدم جواز رهن المشاع، ولم يتعرض أنه باطل أو فاسد.

وفي المغني والذخيرة إشارة إلى أنه فاسد لا باطل حيث قال: فالمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون في الصحيح، وفي الرهن الباطل لا؛ لأن الباطل لا ينعقد أصلا فكان كالبيع الباطل والفاسد ينعقد فكان كالبيع [٢/ ٤٥٠/ ب] الفاسد، وشرط انعقاد الرهن: أن يكون مالا والمقابل به مالا مضمونًا فإذا وجد شرائط الجواز ينعقد صحيحًا وإذا فُقِدَ شرطٌ من شرائط جوازه ينعقد فاسدًا وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا.

قوله: (**وقال الشافعي يجوز**) وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور والأوزاعي وابن أبي ليلى والبتّي.

قوله: (**وهذا**)؛ أي: ثبوت يد الاستيفاء لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع؛ لأن اليد حقيقة تثبت على المُعَيَّنِ لا على المشاع.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ العَقْدُ وَهُوَ المُشَاعُ، وَعِنْدَهُ: الْمُشَاعُ يَقْبَلُ مَا هُوَ الحُكْمُ عِنْدَهُ، وَهُوَ تَعَيُّنُهُ لِلْبَيْعِ، وَالثَّانِي: أَنَّ مُوجِبَ الرَّهْنِ هُوَ الحَبْسُ الدَّائِمُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُشْرَعْ إِلَّا مَقْبُوضًا بِالنَّصِّ، أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى المَقْصُودِ مِنْهُ، وَهُوَ الِاسْتِيثَاقُ مِن الوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ ....

فإن قيل: كيف يستقيم قصدًا والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة؛ فإن من كان له على غيره عشرة؛ فدفع إليه المديون كيسًا فيه عشرون استوفى حقه منه يصير مستوفيًا حقه من النصف شيئًا شائعا؛ فإذا لم يمنع حقيقة الاستيفاء فلا يمنع ثبوت الاستيفاء.

قلنا: موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى واليد تنبني على الملك، ويمكن إثبات الملك في الشائع، أما موجب الرهن يُفَوِّتُ يد الاستيفاء فقط، وذا لا يتحقق في الشائع.

قوله: (وعنده)؛ أي: عند الشافعي يقبل ما هو الحكم عنده وهو بعينه للبيع، وكل محل يقبل البيع يجوز رهنه عندهم؛ لإمكان بيعه والاستيفاء من الثمن.

قوله: (بالنص) وهو قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣]؛ فهذا يقتضي ألا يكون مرهونا إلا في حال يكون مقبوضا.

أما عند الشافعي استدامة القبض ليس بشرط، وإن كان شرطا في الابتداء كما في الهبة.

وعند أحمد؛ استدامة القبض شرط، ولكن يصح عنده رهن المشاع.

وقلنا: القبض في الهبة لثبوت الملك؛ فإن أثبت الملك استغنى عنه، أما في الرهن للوثيقة ليتمكن من استيفاء حقه؛ فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من استيفائه.

قوله: (من الوجه الذي بيناه) وهو قوله: (ليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره).

وقوله: (وكل ذلك)؛ أي (من يد الاستيفاء والحبس الدائم) (والاستيفاء

يَتَعَلَّقُ بِالدَّوَامِ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ إِلَّا اسْتِحْقَاقُ الحَبْسِ، وَلَوْ جَوَّزْنَاهُ فِي المُشَاعِ يَفُوتُ الدَّوَامُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن المُهَايَأَةِ، فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا قَالَ: رَهَنْتُك يَوْمًا وَيَوْمًا لَا، وَلِهَذَا: لَا يَجُوزُ فِيمَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ وَمَا لَا يَحْتَمِلُهَا، بِخِلَافِ الهِبَةِ، حَيْثُ يَجُوزُ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ؛ لِأَنَّ المَانِعَ فِي الهِبَةِ غَرَامَةُ القِسْمَةِ، وَهُوَ فِيمَا يُقَسَّمُ، أَمَّا حُكْمُ الهِبَةِ المِلْكُ وَالمُشَاعُ يَقْبَلُهُ، وَهَا هُنَا الحُكْمُ ثُبُوتُ يَدِ الِاسْتِيفَاءِ وَالمُشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وَلَا يَجُوزُ مِن شَرِيكِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ حُكْمُهُ عَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ، وَعَلَى الوَجْهِ الثَّانِي: يَسْكُنُ يَوْمًا بِحُكْمِ المِلْكِ وَيَوْمًا بِحُكْمِ الرَّهْنِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ رَهَنَ يَوْمًا وَيَوْمًا لَا، وَالشُّيُوعُ الطَّارِئُ ....

يتعلق بالدوام)؛ أي دوام اليد ولا يفضي [إليه أي][1] إلى دوام الحبس إلا استحقاق الجنس ويعني به استحقاق دوام اليد لا وجود يد المرتهن حسًّا، وبالإعادة من الراهن أو الغصب لا يفوت الاستحقاق فلا يبطل به الرهن.

(**ولو جوزناه**)؛ أي: الرهن (**في المشاع يفوت**) استحقاق (دوام) اليد؛ لأنه يحتاج إلى المهايأة مع المالك في الإمساك فينتفع المالك يوما بحكم الملك، ويحفظ المرتهن يوما بحكم الرهن فهو بمنزلة قولك: رهنتك يومًا ويومًا لا، ولأنه لا يجوز لفوات استحقاق اليد في نوبة الراهن؛ فقد اقترن بالعقد ما يمنع موجبه فلا يصح العقد، ولهذا سوينا في الرهن بين ما يحتمل القسمة، وما لا يحتمل بخلاف الهبة؛ لأن المانع في الهبة (**غرامة القسمة وهي فيما يقسم**) لا فيما لا يقسم.

قوله: (**والمشاع يقبله**)؛ أي: الملك والقبض شرط تمام ذلك العقد فيراعى وجودًا في كل محل بحسب الإمكان، ولهذا لا يجوز رهن المشاع من الشريك أيضًا؛ لأن موجب العقد لا يتحقق في المشاع، سواء كان مع الشريك أو غيره كذا في المبسوط[2].

قوله: (**والشيوع الطارئ**).

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٧١).

يَمْنَعُ بَقَاءَ الرَّهْنِ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ؛ لِأَنَّ حُكْمَ البَقَاءِ أَسْهَلُ مِن حُكْمِ الِابْتِدَاءِ فَأَشْبَهَ الهِبَةَ، وَجْهُ الْأَوَّلِ: أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ وَمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ، فَالِابْتِدَاءُ وَالبَقَاءُ سَوَاءٌ كَالمَحْرَمِيَّةِ فِي بَابِ النِّكَاحِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ؛ لِأَنَّ المُشَاعَ يَقْبَلُ حُكْمَهَا وَهُوَ المِلْكُ، وَاعْتِبَارُ القَبْضِ فِي الِابْتِدَاءِ لِنَفْيِ الغَرَامَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا حَاجَةَ ....

وفي الذخيرة: صورته أن يرهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في النصف، ورده المرتهن كالمقارن في رواية الأصل، وهو الصحيح حتى قالوا في العدل: إذا سلط على بيع الرهن كيف شاء فباع نصفه يبطل الرهن في الباقي.

قوله: (**أسهل من حكم الابتداء**) وفي بعض النسخ: (**فأشبه الهبة**) يعني (شيوع الطارئ) لا يمنع بقاء الهبة؛ لأن (البقاء أسهل من الابتداء) فكذا هذا.

ألا ترى أن صيرورة المرهون دينا في ذمة غير المرتهن، يمنع ابتداء الرهن ولا يمنع بقاءه حتى لو أتلف المرهونَ شخصٌ أو بيع المرهون تكون القيمة أو الثمن رهنا في ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافا إلى الدين في الذمة لا يجوز، ألا ترى أن معتدة الغير لا تكون محلًّا للنكاح ابتداء، ويقع النكاح في حقها بأن وطئت منكوحة الغير بشبهة فالنكاح فيها باق (**لعدم المحلية**)؛ أي محلية الاستيفاء.

(**وما يرجع إليه**)؛ أي: إلى المحل (فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح).

فإن قيل: لو زوج [٢/ ٤٥١/أ] الأب ابنته من مكاتبه جاز، ولا يبطل بموت الأب، ولو تزوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز.

قلنا: لأن المكاتب لا يملك بسبب من أسباب الملك فكذا بالوراثة، وفيما إذا تزوجت مكاتبها ابتداء إنما لا يجوز؛ لأن الملك ثابت لها من وجه، ونكاح المملوك من وجه لا يجوز.

قوله: (**على ما بيناه**) إشارة إلى قوله: (غرامة القسمة وهي فيما يقسم).

قوله: (**ولا حاجة**)؛ أي اعتبار القبض في البقاء لما مر أنه شرط تمام العقد.

إِلَى اعْتِبَارِهِ فِي حَالَةِ البَقَاءِ، وَلِهَذَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِي بَعْضِ الهِبَةِ، وَلَا يَجُوزُ فَسْخُ العَقْدِ فِي بَعْضِ الرَّهْنِ. قَالَ: (وَلَا رَهْنُ ثَمَرَةٍ عَلَى رُؤُوسِ النَّخِيلِ دُونَ النخيلِ، وَلَا زَرْعُ الأَرْضِ دُونَ الأَرْضِ، وَلَا رَهْنُ النَّخِيلِ فِي الأَرْضِ دُونَهَا)؛ لِأَنَّ المَرْهُونَ مُتَّصِلٌ بِمَا لَيْسَ بِمَرْهُونٍ خِلْقَةً، فَكَانَ فِي مَعْنَى الشَّائِعِ (وَكَذَا إِذَا رَهَنَ الأَرْضَ دُونَ النَّخِيلِ، أَوْ دُونَ الزَّرْعِ، أَوْ النَّخِيلَ دُونَ الثَّمَرِ)؛ لِأَنَّ الِاتِّصَالَ يَقُومُ بِالطَّرَفَيْنِ، فَصَارَ الأَصْلُ أَنَّ المَرْهُونَ إِذَا كَانَ مُتَّصِلًا بِمَا لَيْسَ بِمَرْهُونٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ قَبْضُ المَرْهُونِ وَحْدَهُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ رَهْنَ الأَرْضِ بِدُونِ الشَّجَرِ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الشَّجَرَ اسْمٌ لِلنَّابِتِ، فَيَكُونُ اسْتِثْنَاءُ الأَشْجَارِ بِمَوَاضِعِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ الدَّارَ دُونَ البِنَاءِ؛ لِأَنَّ البِنَاءَ اسْمٌ لِلْمَبْنَى، فَيَصِيرُ رَاهِنًا جَمِيعَ الأَرْضِ، وَهِيَ مَشْغُولَةٌ بِمِلْكِ الرَّاهِنِ (وَلَوْ رَهَنَ النَّخِيلَ بِمَوَاضِعِهَا جَازَ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ مُجَاوِرَةٌ، وَهِيَ لَا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ (وَلَوْ كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ)؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِاتِّصَالِهِ بِهِ، فَيَدْخُلُ تَبَعًا تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ بَيْعَ النَّخِيلِ بِدُونِ الثَّمَرِ جَائِزٌ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَى

قوله: (فكان في المعنى الشائع)؛ لأنه لا يمكنه حبسه إلا بغيره وكان متصلا به خلقة فكان رهنه كرهن المشاع.

قوله: (فصار الأصل) عندنا (أن المرهون إذا كان متصلا بغيره) يكون كالمشاع.

وعند الأئمة الثلاثة؛ يجوز الرهن في هذه المسائل؛ فإن الأصل عندهم أن ما يجوز بيعه يجوز رهنه.

قوله: (وعن أبي حنيفة رحمه الله) وهو رواية الحسن عنه؛ لأن اسم الشجر يقع على النابت على الأرض، ولهذا يسمى بعد القطع جذعًا لا شجرًا؛ فكأنه استثنى الأشجار بمواضعها من الأرض؛ فكان عقد الرهن متناولًا ما سوى ذلك من الموضع من الأرض، وهو معنى معلوم غير مشاع بخلاف البناء؛ لأن البناء اسم للمبني دون أرضه فصار راهنا جميع الأرض، وهي مشغولة بملك الغير.

قوله: (مجاورة)؛ لأن مواضع النخيل بقعة معينة، ومجاورته لغيره لا يمنع صحة الرهن؛ لأنها لم تكن في معنى المشاع.

قوله: (تصحيحا للعقد) إذ لو لم يدخل الثمن في الرهن كان في معنى رهن

إِدْخَالِهِ مِن غَيْرِ ذِكْرٍ، وَبِخِلَافِ المَتَاعِ فِي الدَّارِ، حَيْثُ لَا يَدْخُلُ فِي رَهْنِ الدَّارِ مِن غَيْرِ ذِكْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَابِعٍ بِوَجْهٍ مَا، وَكَذَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالرَّطْبَةُ فِي رَهْنِ الأَرْضِ، وَلَا يَدْخُلُ فِي البَيْعِ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الثَّمَرَةِ (وَيَدْخُلُ البِنَاءُ وَالغَرْسُ فِي رَهْنِ الأَرْضِ وَالدَّارِ وَالقَرْيَةِ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ رَهَنَ الدَّارَ بِمَا فِيهَا جَازَ، وَلَوْ اسْتُحِقَّ بَعْضُهُ، إِنْ كَانَ البَاقِي يَجُوزُ ابْتِدَاءُ الرَّهْنِ عَلَيْهِ وَحْدَهُ، بَقِيَ رَهْنًا بِحِصَّتِهِ، وَإِلَّا بَطَلَ كُلُّهُ)؛ لِأَنَّ

المشاع؛ لاتصاله خلقة مع أن الثمن لو دخل في الرهن لا يكون على الراهن ضرر؛ لأن ملكه لا يزول بخلاف البيع حيث لا تدخل الثمار تبعا للنخيل إلا بالذكر؛ لأن تصحيح البيع في النخيل بدون الثمار ممكن؛ لأن الشيوع لا يمنع صحة البيع، وفي إدخال الثمار تبعًا ضرر بالمالك بإزالة ملكه عنها فلا يدخل بغير تسمية[1]، كذا في المبسوط.

قوله: (**بخلاف المتاع في الدار**) يعني لو رهن الدار، وفيها متاع الراهن من الثياب والحبوب، وغير ذلك مما ينتفع به قليلًا كان أو كثيرًا، لا يتم الرهن؛ لأن الدار مشغولة بما فيها فيمنع من التسليم فلا يدخل المتاع في الرهن تبعا كما في الثمار لأن اتصال الثمار خلقة، وإن كان غير لازم لأنها للقطع، أما الأمتعة متصلة بالدار خلقة ولا تابعة لها بوجه، ولهذا لو باع الدار يذكر حقوقها ومرافقها لا تدخل الأمتعة.

قوله: (**لما ذكرنا**)؛ أي: في الثمرة.

قوله: (**ويدخل البناء والغرس**) يعني لو قال: رهنتك هذه الدار وهذه الأرض أو هذه القرية وأطلق القول، ولم يخص شيئًا؛ دخل البناء والغرس؛ لما ذكرنا أنه تبع ويدخلان في البيع، وإن لم تفتقر صحة البيع إلى دخولهما؛ فلأن يدخل في الرهن وصحته مفتقرة إلى دخولهما أولى.

قوله: (**وإلا بطل كله**)، وفي مبسوط شيخ الإسلام: لو ارتهن دارًا أو أرضًا وقبضها ثم استحقت طائفة منها هل يبطل الرهن فيما بقي فهذا على وجهين: إما

---

(١) في الأصل: (تضمنه)، والمثبت من النسخة الثانية.

الرَّهْنَ جُعِلَ كَأَنَّهُ مَا وَرَدَ إِلَّا عَلَى البَاقِي، وَيَمْنَعُ التَّسْلِيمَ كَوْنُ الرَّاهِنِ أَوْ مَتَاعِهِ فِي الدَّارِ المَرْهُونَةِ، وَكَذَا مَتَاعُهُ فِي الوِعَاءِ المَرْهُونِ، وَيَمْنَعُ تَسْلِيمَ الدَّابَّةِ المَرْهُونَةِ الحَمْلُ عَلَيْهَا، فَلَا يَتِمُّ حَتَّى يُلْقِيَ الحِمْلَ؛ لِأَنَّهُ شَاغِلٌ لَهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ الحِمْلَ دُونَهَا، حَيْثُ يَكُونُ رَهْنًا تَامًّا إِذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ مَشْغُولَةٌ بِهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا رَهَنَ مَتَاعًا فِي دَارٍ، أَوْ فِي وِعَاءٍ دُونَ الدَّارِ وَالوِعَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَهَنَ سَرْجًا عَلَى دَابَّةٍ، أَوْ لِجَامًا فِي رَأْسِهَا وَدَفَعَ الدَّابَّةَ مَعَ السَّرْجِ وَاللِّجَامِ، حَيْثُ لَا يَكُونُ رَهْنًا حَتَّى يَنْزِعَهُ مِنْهَا، ثُمَّ يُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مِن تَوَابِعِ الدَّابَّةِ، بِمَنْزِلَةِ الثَّمَرَةِ لِلنَّخِيلِ، حَتَّى قَالُوا: يَدْخُلُ فِيهِ مِن غَيْرِ ذِكْرٍ.

أن المستحق بعض معين أو شائع؛ فإن كان شائعًا بأن استحق بعضًا غير معين شائع، يبطل الرهن في الباقي أو استحق البناء دون العرصة؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن الرهن وقع ابتداء في الشائع، ولهذا تبطل الهبة باستحقاق البعض شائعا؛ فالرهن أولى، وإن استحق بعض معين بقي الرهن في الباقي؛ بأن استحق بيتا منها بعينه؛ إذ بالاستحقاق يظهر أنه رهن الباقي من الابتداء ورهن الباقي من الابتداء جائز؛ لأنه غير مشاع.

قوله: (**ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة**)، وفي الإيضاح: وروى الحسن عن أبي حنيفة؛ لو رهن دارا وهما في جوفها لم يتم الرهن حتى يقول الراهن - بعدما خرج منها -: سلمتها إليك أن الراهن إذا كان في الدار؛ فليس بمسلَّم فإذا خرج يحتاج إلى تسليم جديد؛ لأنه شاغل لها كشغل الدار بالمتاع، وكذا متاعه في الوعاء المرهون يمنع التسليم.

وفي شرح الطحاوي: والحيلة لصحة التسليم أن يودع أولا ما فيه عند المرتهن، ثم يسلم إليه [ما](١) رهن.

قوله: (**لأنه**)؛ أي: الحمل (**شاغل لها**)؛ أي للدابة كشغل الدار بالمتاع.

وقال الشافعي وأحمد: يصح تسليمه في جميع ما ذكر من المسائل إلى

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِالْأَمَانَاتِ) كَالوَدَائِعِ وَالعَوَارِيّ وَالمُضَارَبَاتِ (وَمَالِ الشِّرْكَةِ)؛ لِأَنَّ القَبْضَ فِي بَابِ الرَّهْنِ قَبْضٌ مَضْمُونٌ، فَلَا بُدَّ مِن ضَمَانٍ ثَابِتٍ لِيَقَعَ القَبْضُ مَضْمُونًا، وَيَتَحَقَّقَ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ (وَكَذَلِكَ لَا يَصِحُّ بِالأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ بِغَيْرِهَا، كَالمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ)؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، فَإِنَّهُ إِذَا هَلَكَ العَيْنُ لَمْ يَضْمَن البَائِعُ شَيْئًا، لَكِنَّهُ يَسْقُطُ الثَّمَنُ، وَهُوَ حَقُّ البَائِعِ، فَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ، فَأَمَّا الأَعْيَانُ المَضْمُونَةُ بِعَيْنِهَا وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالمِثْلِ أَوْ بِالقِيمَةِ عِنْدَ هَلَاكِهِ مِثْلَ

[٢/ ٤٥١/ب] قوله: (**ولا يصح الرهن بالأمانات**)؛ لأن القبض حصل فيهما جميعا فيكون موجودا في الرهن كما في المشاع، وكذا كونهما فيهما لا يمنع التخلية؛ إذ التخلية تصح بقوله مع التمكن منها وعدم المانع؛ فأشبه ما لو كانا خارجين.

قوله: (**حتى قالوا**)؛ أي: المشايخ (**يدخل فيه**)؛ أي: في الرهن من غير ذكر؛ يعني لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك، ذُكِر في الرهن [أو لم يُذكَر][١]، كذا في الإيضاح.

قوله: (**بالأمانات كالودائع...**) إلى آخره، ولا خلاف فيه.

ولو قال المودع: ضاعت الوديعة أو رددتُها وادعى المودع الاستهلاك أو كان المودع ساكتًا أو يقول: لا أدري لا يجوز الصلح عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعند محمد؛ يجوز بناء على أن البراءة تقع لمجرد دعوى الرد عندهما؛ لأن المودع مسلط من جهة رب المال على الحفظ فيكون مسلطًا على الخبر عن ذلك فيصير قوله: متعديا على المودع؛ فصار كأنه أقر. ولو كان كذلك بطل الصلح لبطلان الضمان.

وعند محمد؛ يشترط اليمين فهو بالصلح افتدى اليمين فصح بخلاف ما لو جحد الإيداع، وهو يدعي الوديعة أو ادعى الاستهلاك، وهو مقر بالإيداع[٢]

---

(١) لم تثبت في الأصل. (٢) في الأصل: (وهو نفي بالاتباع)، والمثبت من النسخة الثانية.

الْمَغْصُوبِ وَبَدَلِ الْخُلْعِ وَالْمَهْرِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ: يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مُتَقَرِّرٌ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَجَبَ تَسْلِيمُهُ، وَإِنْ كَانَ هَالِكًا تَجِبُ قِيمَتُهُ فَكَانَ رَهْنًا بِمَا هُوَ مَضْمُونٌ فَيَصِحُّ.

قَالَ: (وَالرَّهْنُ بِالدَّرَكِ بَاطِلٌ، وَالْكَفَالَةُ بِالدَّرَكِ جَائِزَةٌ) وَالْفَرْقُ: أَنَّ الرَّهْنَ لِلِاسْتِيفَاءِ، وَلَا اسْتِيفَاءَ قَبْلَ الْوُجُوبِ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ إِلَى زَمَانٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لَا تَجُوزُ، أَمَّا الْكَفَالَةُ فَلِالْتِزَامِ الْمُطَالَبَةِ، وَالْتِزَامُ الْأَفْعَالِ يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى الْمَآلِ كَمَا فِي الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، ....

ولم يدع الرد أو الهلاك؛ فاصطلحا يجوز الصلح بالاتفاق؛ لأن الصلح بناء على زعم المدعي وهو يدعي دينا عليه في الحاصل؛ لأن الوديعة في زعم مجحودة هالكة فيما إذا جحد الإيداع أو مستهلكة فيما إذا ادعى الاستهلاك؛ ففي كل موضع صحَّ الصلح صحَّ الرهن؛ لوجوب الدين ظاهرا وإلّا لا؛ لحصول الرهن بلا دين.

قوله: (**وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح**...) إلى آخره، يعني إذا كان عينًا فيصح الرهن بها عندنا، ومالك خلافًا للشافعي وأحمد وقد مر.

في شرح الطحاوي: لو هلك في يده قبل استرداد العين والعين المضمون قائما في يد الراهن يقال له: سلم العين الذي في يدك وخذ من المرتهن الأقل من قيمة الرهن، ومن قيمة ما رهن؛ لأن الرهن مضمون عندنا كذلك، ولو هلك العين المضمون قبل هلاك الرهن يصير الرهن رهنا بقيمة العين المضمون؛ فإذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن الذي كان رهنًا، وهذا في التحفة.

قوله: (**والرهن بالدرك باطل**)، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وصورته: أن يأخذ المشتري من البائع رهنًا لثمن لو أدركه درك، أما الكفالة بالدرك تصح بلا خلاف، وقال أبو العباس: قولًا من الشافعي لا يصح، والمنصوص الأول. وعن أحمد في رواية: لا يصح، وقد مر في الكفالة.

قوله: (**كما في الصوم والصلاة**) يعني لو نذر بالصوم والصلاة والصدقة

وَلِهَذَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَى فُلَانٍ وَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ، فَلَوْ قَبَضَهُ قَبْلَ الوُجُوبِ فَهَلَكَ عِنْدَهُ، يَهْلِكُ أَمَانَةً؛ لِأَنَّهُ لَا عَقْدَ حَيْثُ وَقَعَ بَاطِلًا، بِخِلَافِ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ المَوْعُودِ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: رَهَنْتُك هَذَا لِتُقْرِضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَهَلَكَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ حَيْثُ يَهْلِكُ بِمَا سَمَّى مِن المَالِ بِمُقَابَلَتِهِ؛ لِأَنَّ المَوْعُودَ جُعِلَ كَالمَوْجُودِ بِاعْتِبَارِ الحَاجَةِ، وَلِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِجِهَةِ الرَّهْنِ الَّذِي يَصِحُّ عَلَى اعْتِبَارِ وُجُودِهِ، فَيُعْطَى لَهُ حُكْمُهُ كَالمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ فَيَضْمَنُهُ.

يصح؛ لأنه التزام المطالبة بالقول، وكذا الكفالة التزام المطالبة لا التزام الدين والتزام الأفعال يصح مضافا إلى زمان الاستقبال، أما الرهن استيفاء والاستيفاء مفاوضة؛ فلا تحتمل الإضاعة إلى حال وجود الدين.

فإن قيل: ما فائدة ضمان الدرك؛ فإن المشتري يرجع على البائع بالثمن سواء ضمن الدرك البائع أو لا.

قلنا: فائدته أن المشتري لا يرجع على البائع إذا لم يضمن الدرك ما لم يقض القاضي بثبوت الدين للمشتري أو بفسخ البيع بينهما في الأصح، ذكر في الفصول للأَسْتَرَوْشَنِيّ؛ فإذا ضمنه يرجع عليه بالثمن قبل القضاء بفسخ البيع.

قوله: (**فلو قبضه**)؛ أي المشتري الرهن في الدرك (**قبل الوجوب**)؛ أي قبل حلول الدرك هلك أمانة، وكذا بعد حلول الدرك؛ لأنه [لا][1] عقد لوقوعه باطلا، ولهذا لا يملك جنس الرهن.

قوله: (**لأن الموعود جعل كالموجود**) في حالة عقد الرهن؛ إذ الظاهر أن الخلف لا يجري في الوعد؛ فكان مفضيا إلى الوجود غالبًا بخلاف الدرك؛ فإنه لا يكون موجودا غالبًا؛ إذ الظاهر أن المسلم يبيع مال نفسه.

قوله: (**كالمقبوض على سوم الشراء**) حيث أعطي له حكم الشراء إلا أن المقبوض على سوم الشراء [مضمون][2] بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن، والمقبوض على سوم الرهن مضمون بما سَمَّيَا لا بالقيمة؛ لأن ضمان

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِرَأسِ مَالِ السَّلَمِ، وَبِثَمَنِ الصَّرْفِ وَالمُسْلَمِ فِيهِ) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الِاسْتِيفَاءُ، وَهَذَا اسْتِبْدَالٌ لِعَدَمِ المُجَانِسَةِ، وَبَابُ الِاسْتِبْدَالِ فِيهَا مَسْدُودٌ، وَلَنَا: أَنَّ المُجَانَسَةَ ثَابِتَةٌ فِي المَالِيَّةِ، فَيَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ مِن

الرهن ضمان استيفاء الدين، وليس بضمان مبتدأ فيتقدر بالدين، وضمان البيع ضمان مبتدأ يجب بالعقد إذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع؛ فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمان الغصب.

وفي جامع المحبوبي: والمقبوض من الرهن على وجه قرض فاسد يكون مضمونا أيضًا، وصورته؛ أن العبد التاجر إذا أخذ رهنا ليقرضه فهلك الرهن عنده فالعبد [٢/ ٤٥٢/أ] ضامن لقيمة الرهن، وإن كان قرضه فاسدًا؛ لأن العبد لا يملك الإقراض.

قوله: (**ويصح الرهن برأس مال السلم**...) إلى آخره، ولا يعلم فيه خلاف للأئمة الثلاثة.

وقال زفر: لا يصح في رأس [مال][(١)] السلم، وثمن الصرف، وله في المسلم روايتان ذكره في المبسوط.

(**لأن حكمه**)؛ أي: حكم كل واحد من الثلاثة (**الاستيفاء**).

(**وهذا**)؛ أي الرهن استبدال؛ لأنه لو صح لصار مستوفيًا به، وهو استبدال لعدم المجانسة.

ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية؛ يعني هذا رهن بدين مضمون فيصح وإنما يصير مستوفيا باعتبار ماليته لا عينه، والمجانسة ثابتة في المالية فتتحقق المالية، ولا يقال: المجانسة من حيث المالية ثابتة في جميع الصور؛ فينبغي أن يجوز الاستبدال برأس مال السلم وأخويه حيث لا يجوز.

لأنا نقول: المجانسة من حيث المالية إنما تعتبر في صورة الرهن لا في غيره؛ لأن المرتهن يصير مستوفيا حقه لا مستبدلا؛ لما ذكرنا أن عين الرهن لا يكون مملوكا له فإذا كان حكم الرهن الاستيفاء لا الاستبدال؛ فجاز الرهن بكل

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

حَيْثُ المَالُ، وَهُوَ المَضْمُونُ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ: (وَالرَّهْنُ بِالمَبِيعِ بَاطِلٌ) لِمَا بَيَّنَّا: أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِنَفْسِهِ (فَإِنْ هَلَكَ ذَهَبَ بِغَيْرِ شَيْءٍ)؛ لِأَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلْبَاطِلِ، فَبَقِيَ قَبْضًا بِإِذْنِهِ (وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ بِثَمَنِ الصَّرْفِ، وَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ فِي مَجْلِسِ العَقْدِ: تَمَّ الصَّرْفُ وَالسَّلَمُ، وَصَارَ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا لِدَيْنِهِ حُكْمًا) لِتَحَقُّقِ القَبْضِ حُكْمًا (وَإِنْ افْتَرَقَا قَبْلَ هَلَاكِ الرَّهْنِ، بَطَلَا) لِفَوَاتِ القَبْضِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا (وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ بِالمُسْلَمِ فِيهِ بَطَلَ السَّلَمُ بِهَلَاكِهِ) وَمَعْنَاهُ: أَنَّهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِلْمُسْلَمِ فِيهِ، فَلَمْ يَبْقَ السَّلَمُ، (وَلَوْ تَفَاسَخَا السَّلَمَ وَبِالمُسْلَمِ فِيهِ رَهْنٌ، يَكُونُ ذَلِكَ رَهْنًا بِرَأْسِ المَالِ حَتَّى

دين يجب استيفاؤه، ورأس مال السلم وأخواه كذلك؛ فيجوز الرهن بها، كذا في المبسوط.

قوله: (لفوات القبض حقيقةً) وهو ظاهر وحكمًا؛ لأنه يكون بإهلاكه فلا يثبت قبله.

قوله: (يكون ذلك رهنا برأس المال) هذا جواب الاستحسان، وفي القياس؛ لا يكون رهنا به حتى لا يحبسه؛ لأن ذلك الرهن كان مرهونا بالسلم فيه وقد سقط لا إلى بدل، ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض؛ فلا يكون رهنًا به كما لو كان لك على غيرك دراهم ودنانير فرهنه بالدنانير رهنا، ثم أبرأ المرتهن عن الدنانير لا يكون الرهن رهنا بالدراهم، وهذا قياس مذهب الأئمة الثلاثة.

وجه الاستحسان: أنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وحقه في المسلم فيه عند قيام العقد، وحقه في رأس المال عند فسخ العقد فيكون له أن يحبسه بكل واحد منهما؛ كمن ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب، كان له حبس الرهن حتى يستوفي قيمته؛ لأن الواجب بالغصب استرداد العين عند قيامه والقيمة عند هلاكه، وهذا لأن المسلم فيه مع رأس المال أحدهما بدل عن الآخر، والرهن بالشيء يكون رهنا ببدله لقيامه مقام الأصل، كذا في المبسوط[1].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٩٣).

يَحْبِسَهُ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلُهُ فَصَارَ كَالمَغْصُوبِ إِذَا هَلَكَ وَبِهِ رَهْنٌ يَكُونُ رَهْنًا بِقِيمَتِهِ (وَلَوْ هَلَكَ الرَّهْنُ بَعْدَ التَّفَاسُخِ يَهْلِكُ بِالطَّعَامِ المُسَلَّمِ فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ رَهَنَهُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا بِغَيْرِهِ، كَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَسَلَّمَ المَبِيعَ، وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا، ثُمَّ تَقَايَلَا البَيْعَ، لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِأَخْذِ المَبِيعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلُهُ، وَلَوْ هَلَكَ المَرْهُونُ يَهْلِكُ بِالثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَّا؛ وَكَذَا لَو اشْتَرَى عَبْدًا شِرَاءً فَاسِدًا وَأَدَّى ثَمَنَهُ، لَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ لِيَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، ثُمَّ لَوْ هَلَكَ المُشْتَرَى فِي يَدِ المُشْتَرِي، يَهْلِكُ بِقِيمَتِهِ، فَكَذَا هَذَا. قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الحُرِّ وَالمُدَبَّرِ وَالمُكَاتَبِ وَأُمِّ الوَلَدِ)؛ لِأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ ثُبُوتُ يَدِ الاِسْتِيفَاءِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ الاِسْتِيفَاءُ مِن هَؤُلَاءِ لِعَدَمِ المَالِيَّةِ فِي الحُرِّ، وَقِيَامِ المَانِعِ فِي البَاقِينَ، (وَلَا

قوله: (يهلك بالطعام المسلّم فيه) حتى لا يبقى لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام؛ بل عليه أن يعطى مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه، ويأخذ رأس المال؛ لأن بهلاك الرهن يكون مستوفيا طعام السلم، ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة، (ثم تقايلا) أو بعد الإقالة لزمه رد المستوفى واسترداد المال؛ فكذلك هاهنا، وهذا لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثوبتها؛ فبهلاك الرهن تبطل الإقالة.

قوله: (لما بينا)؛ إشارة إلى قوله: (لأن الثمن بدله).

قوله: (وأدى ثمنه قيمة المشترى فاسدا) كذا في النهاية.

وقيل: لا يحتاج إلى هذا التأويل، ويمكن أن يجرى على حقيقته بأن أخذ ثمنه ثم علم بفساد البيع.

قوله: (يهلك بقيمته)؛ أي بقيمة المشترى شراءً فاسدًا، وفي بعض النسخ: (فكذا هذا)، وهو بعيد يعرف بالتأمل.

قوله: (وقيام المانع في الباقين) وهو المدبَّر وأم الولد والمكاتب.

وقال مالك وأحمد: يجوز رهن المدبر.

واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم: لا يجوز قولا واحدًا. وقال: بعضهم يجوز قولًا واحدًا. وقال بعضهم: فيه وجهان؛ أحدهما أنه يحكم بفساد

يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ، وَكَذَا بِالقِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا) لِتَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الجِنَايَةُ خَطَأً، لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الأَرْشِ مِن الرَّهْنِ مُمْكِنٌ (وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالشُّفْعَةِ)؛ لِأَنَّ المَبِيعَ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْمُشْتَرِي (وَلَا بِالعَبْدِ الجَانِي وَالعَبْدِ المَأْذُونِ وَالمَدْيُونِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى المَوْلَى، فَإِنَّهُ لَوْ هَلَكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ (وَلَا بِأُجْرَةِ النَّائِحَةِ وَالمُغَنِّيَةِ، حَتَّى لَوْ ضَاعَ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا)؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مَضْمُونٌ (وَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَرْهَنَ خَمْرًا، أَوْ يَرْتَهِنَهُ مِن مُسْلِمٍ، أَوْ

الرهن. والثاني وهو الأصح أنه يباع في الدين، وهذا بناء على جواز بيعه عندهم فكل ما يجوز بيعه يجوز رهنه عندهم؛ لإمكان استيفاء الدين من ثمنه.

وعندنا: لا يجوز بيعه فلا يمكن الاستيفاء منه. وعند الشافعي وإن كان يجوز بيعه لكن علق عتقه بصفة؛ فأشبه ما لو علَّق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق.

ورهن المكاتب يجوز عند مالك وأحمد في رواية يجوز بيعه، وعندنا والشافعي وأحمد في الأصح: لا يجوز بيعه.

قوله: (لتعذر الاستيفاء)؛ أي استيفاء القصاص من الرهن ولا المكفول به وهو القصاص غير مضمون في نفسه حتى لو مات من عليه القصاص لم يجب شيء، ولا يعلم فيه خلاف.

وإنما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص في النفس وما دونه لأنه لو رهن ببدل الصلح من دم العمد يصح؛ لأن البدل [٢/ ٤٥٢/ب] مضمون بنفسه، وهذا بخلاف ما لو كان القتل خطأ فصالحه على عين ثم رهن به رهنًا لم يصح؛ لأنه غير مضمون فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح فصار كالمبيع كذا في الإيضاح.

قوله: (ولا بأجر النائحة والمغنية)، وكذا بثمن الخنزير(١)، والخمر.

(لو ضاع)؛ أي: الرهن **(لم يكن مضمونًا)**؛ لأن الدين غير واجب، ولهذا لو تخاصما إلى القاضي قبل الرهن فالقاضي لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر، كذا في الذخيرة، ولا يعلم فيه خلاف.

---

(١) في الأصل: (الخز)، والمثبت من النسخة الثانية.

ذِمِّيٍّ) لِتَعَذُّرِ الإِيفَاءِ وَالاسْتِيفَاءِ فِي حَقِّ المُسْلِمِ، ثُمَّ الرَّاهِنُ إِذَا كَانَ ذِمِّيًّا، فَالخَمْرُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ لِلذِّمِّيِّ كَمَا إِذَا غَصَبَهُ، وَإِنْ كَانَ المُرْتَهِنُ ذِمِّيًّا، لَمْ يَضْمَنْهَا لِلْمُسْلِمِ كَمَا لَا يَضْمَنُهَا بِالغَصْبِ مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَرَى ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِمْ، أَمَّا المَيْتَةُ فَلَيْسَتْ بِمَالٍ عِنْدَهُمْ، فَلَا يَجُوزُ رَهْنُهَا وَارْتِهَانُهَا فِيمَا بَيْنَهُمْ، كَمَا لَا يَجُوزُ فِيمَا بَيْنَ المُسْلِمِينَ بِحَالٍ (وَلَو اشْتَرَى عَبْدًا وَرَهَنَ بِثَمَنِهِ عَبْدًا، أَوْ خَلًّا، أَوْ شَاةً مَذْبُوحَةً، ثُمَّ ظَهَرَ العَبْدُ حُرًّا، أَو الخَلُّ خَمرًا، أَو الشَّاةُ مَيْتَةً، فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ)؛ لِأَنَّهُ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ وَاجِبٍ ظَاهِرًا (وَكَذَا إِذَا قَتَلَ عَبْدًا وَرَهَنَ بِقِيمَتِهِ رَهْنًا، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ) وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ (وَكَذَا إِذَا صَالَحَ عَلَى إِنْكَارٍ وَرَهَنَ بِمَا صَالَحَ عَلَيْهِ رَهْنًا، ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنٌ فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ خِلَافُهُ،

قوله: (فالرهن مضمون)؛ أي: بالأقل من قيمته، ومن قيمة الرهن؛ لأنه رهنه بدين واجب ظاهرًا، ولهذا لو اختصما قبل ظهور الحرية والاستحقاق؛ فالقاضي يقضي بالثمن.

قوله: (ثم ظهر أنه)؛ أي العبد المقتول حر[1]، وكذا إذا استحق المشترى؛ لما ذكرنا من ظهور الدين فيكفي ذلك لصحة الرهن.

قوله: (تصادقا أن لا دين)، وفي الذخيرة: ذكر صورته محالًا إلى الجامع الكبير[2] فقال: رجل ادعى على آخر ألفًا فجحد الآخر فصالحه عن ذلك الدعوى على خمسمائة، وأعطاه رهنًا يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن، ثم تصادقا على أن لا دين، فعلى المرتهن قيمة الرهن خمسمائة، وهذا الرهن جائز عندنا خلافًا للشافعي؛ لأن بدل الصلح على الإنكار يجب، وعنده لا يجوز الصلح فلا يجب[3].

ولو استوفى بدل الصلح حقيقة ثم تصادقا على عدم الدين يجب رد ما استوفى حقيقة كذا هاهنا. (وعن أبي يوسف خلافه).

---

(١) في النسختين: (حرا) والصواب المثبت. (٢) في النسخة الثالثة: (الصغير).
(٣) في النسخة الثالثة: (وهذا الرهن عندنا جائز، للشافعي أن بدل الصلح على الإنكار يجب، وعندنا لا يجوز الصلح فلا يجب).

وَكَذَا قِيَاسُهُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِن جِنْسِهِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يَرْهَنَ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ عَبْدًا لِابْنِهِ الصَّغِيرِ)؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الإِيدَاعَ، وَهَذَا أَنْظَرُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ مِنْهُ؛ لِأَنَّ قِيَامَ المُرْتَهِنِ بِحِفْظِهِ أَبْلَغُ خِيفَةَ الغَرَامَةِ (وَلَوْ هَلَكَ يَهْلِكُ مَضْمُونًا، والوَدِيعَةُ تَهْلِكُ أَمَانَةً، وَالوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ) فِي هَذَا البَابِ، لِمَا بَيَّنَّا وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَزُفَرَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ مِنْهُمَا، وَهُوَ القِيَاسُ،

وفي الإيضاح: أن الرهن مضمون، ويجب عليه رد قيمته في قول محمد، وأما الرواية عن أبي يوسف؛ أنه لا يضمن قيمته؛ لأنهما لما تصادقا على عدم الدين فقد تصادقا على انعدام الضمان في الرهن، وحكم الرهن يثبت فيما بينهما.

وجه قول محمد؛ أن القبض إنما وقع بمال مضمون في الظاهر؛ فصار كالدين الثابت حقيقة.

قوله: (وكذا قياسه)؛ أي قياس قول أبي يوسف **(فيما تقدم)**؛ أي في مسألة الخل والعبد، وظهور العبد حرًّا، والخلّ خمرًا، وإنما قال قياسه؛ لأن الرواية عنه محفوظة في مسألة الصلح دون مسألة (من اشترى عبدا...) إلى آخره، ولكن وجدوا تلك المسألة كمسألة الصلح من حيث إنه قبضه، وليس هناك ضمان في الحقيقة، كذا في الإيضاح.

قوله: (بدين عليه)؛ أي على الأب **(عبدًا لابنه الصغير)** قيد بالصغير؛ لأنه لو رهن عبد ابنه الكبير لا يجوز بدون إذنه.

قوله: (لما بينا) وهو قوله: **(وهذا نظر في حق الصبي وعن أبي يوسف وزفر لا يجوز)** وهو قياس قول الأئمة الثلاثة؛ لأنه يقضي دينه من مال اليتيم فلا يجوز كما لو قضاه قصدًا.

قال التمرتاشي: ذكر في الأولى[1] الأب يضمن بقدر الدين؛ إذا كانت قيمة العبد أكثر، والوصي يضمن بقدر القيمة لأن للأب ولاية الانتفاع ولا كذلك الوصي.

---

(١) في الأصل: (اللآلئ)، والمثبت من النسخة الثانية.

اعْتِبَارًا بِحَقِيقَةِ الإِيفَاءِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ وَهُوَ الِاسْتِحْسَانُ: أَنَّ فِي حَقِيقَةِ الإِيفَاءِ إِزَالَةَ مِلْكِ الصَّغِيرِ مِن غَيْرِ عِوَضٍ يُقَابِلُهُ فِي الحَالِ، وَفِي هَذَا نَصْبُ حَافِظٍ لِمَالِهِ نَاجِزًا مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ، فَوَضَحَ الفَرْقُ (وَإِذَا جَازَ الرَّهْنُ يَصِيرُ المُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ لَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ، وَيَصِيرُ الأَبُ) أَو الوَصِيُّ (مُوفِيًا لَهُ، وَيَضْمَنُهُ لِلصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِمَالِهِ، وَكَذَا لَوْ سَلَّطَا المُرْتَهِنَ عَلَى بَيْعِهِ؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِالبَيْعِ وَهُمَا يَمْلِكَانِهِ، قَالُوا: أَصْلُ هَذِهِ المَسْأَلَةِ البَيْعُ، فَإِنَّ الأَبَ أَو الوَصِيَّ إِذَا بَاعَ مَالَ الصَّبِيِّ مِن غَرِيمِ نَفْسِهِ جَازَ، وَتَقَعُ المُقَاصَّةُ وَيَضْمَنُهُ لِلصَّبِيِّ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا تَقَعُ المُقَاصَّةُ(*)، وَكَذَا وَكِيلُ البَائِعِ بِالبَيْعِ، وَالرَّهْنُ نَظِيرُ البَيْعِ نَظَرًا إِلَى عَاقِبَتِهِ مِن حَيْثُ وُجُوبُ الضَّمَانِ (وَإِذَا رَهَنَ الأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ مِن نَفْسِهِ، أَوْ مِن ابْنٍ لَهُ صَغِيرٍ، أَوْ عَبْدٍ لَهُ تَاجِرٍ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، جَازَ)؛ لِأَنَّ الأَبَ لِوُفُورِ شَفَقَتِهِ أُنْزِلَ مَنْزِلَةَ

وسوى في الذخيرة والمغني حيث قال: يضمن الأب والوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدين، وإن كانت أكثر من الدين يضمنان بقدر الدين لا الزيادة؛ إذ فيما زاد مودع مال الصغير، ولهما هذه الولاية.

قوله: (وإذا رهن الأب من نفسه)؛ أي مال الصغير **(أو من ابن له آخر صغير أو عبد له)**؛ أي للأب بأجر يعني بدين لهم على الصغير.

(ولا دين عليه) على العبد التاجر **(جاز)** قيد به؛ لأن الشبهة إنما ترد فيما إذا لم يكن على العبد دين لأنه حينئذ يكون بمنزلة أن يرهنه من نفسه؛ لأن كسب عبده الذي لا دين عليه له، ولكن هو غير مانع لما ذكرنا؛ أنه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز فكذا هاهنا، أما إذا كان على العبد دين فلا شك في جواز الرهن حتى كان الأب والوصي سواء في هذه الصورة، ذكره في مبسوط شيخ الإسلام.

وعند الأئمة الثلاثة إنما يجوز رهن مال الصبي لهما بشرطين: أحدهما أن يرهنه عند ثقة. والثاني؛ أن يكون للصبي حاجة في نفقته وكسوته وإنفاقه على عقار مستهدم كما يجيء.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

شَخْصَيْنِ وَأُقِيمَتْ عِبَارَتُهُ مَقَامَ عِبَارَتَيْنِ فِي هَذَا العَقْدِ، كَمَا فِي بَيْعِهِ مَالَ الصَّغِيرِ مِن نَفْسِهِ فَتَوَلَّى طَرَفَي العَقْدِ (وَلَو ارْتَهَنَهُ الوَصِيُّ مِن نَفْسِهِ أَوْ مِن هَذَيْنِ، أَوْ رَهَنَ عَيْنًا لَهُ مِن اليَتِيمِ بِحَقٍّ لِلْيَتِيمِ عَلَيْهِ، لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ، وَالوَاحِدُ لَا يَتَوَلَّى طَرَفَي العَقْدِ فِي الرَّهْنِ، كَمَا لَا يَتَوَلَّاهُمَا فِي البَيْعِ، وَهُوَ قَاصِرُ الشَّفَقَةِ، فَلَا يَعْدِلُ عَن الحَقِيقَةِ فِي حَقِّهِ إِلْحَاقًا لَهُ بِالأَبِ، وَالرَّهْنُ مِن ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَعَبْدِهِ التَّاجِرِ الَّذِي لَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ مِن نَفْسِهِ، بِخِلَافِ ابْنِهِ الكَبِيرِ وَأَبِيهِ وَعَبْدِهِ الَّذِي عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالبَيْعِ إِذَا بَاعَ مِن هَؤُلَاءِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِيهِ، وَلَا تُهْمَةَ فِي الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ لَهُ حُكْمًا وَاحِدًا.

(وَإِنْ اسْتَدَانَ الوَصِيُّ لِلْيَتِيمِ فِي كِسْوَتِهِ وَطَعَامِهِ، فَرَهَنَ بِهِ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ جَازَ)؛ لِأَنَّ الِاسْتِدَانَةَ جَائِزَةٌ لِلْحَاجَةِ، وَالرَّهْنُ يَقَعُ إِيفَاءً لِلْحَقِّ فَيَجُوزُ (وَكَذَلِكَ لَوْ اتَّجَرَ لِلْيَتِيمِ فَارْتَهَنَ، أَوْ رَهَنَ)؛ لِأَنَّ الأَوْلَى لَهُ التِّجَارَةُ تَثْمِيرًا لِمَالِ اليَتِيمِ، فَلَا يَجِدُ بُدًّا

قوله: (ولو ارتهنه الوصي من نفسه)؛ أي: لأجل دين للوصي على الصغير (أو من هذين)؛ أي صغير للوصي له دين على الصغير أو عبد تاجر للوصي له على الصغير دين (أو رهن) الوصي (عينًا له)؛ أي لليتيم (بحق لليتيم عليه)؛ أي: على الوصي لا يجوز.

قوله: (والرهن من ابنه)؛ أي: من ابن الوصي (وعبده)؛ أي عبد الوصي بمنزلة الرهن من نفسه؛ فلا يجوز كما لو رهن من نفسه.

قوله: (لا ولاية له)؛ أي: للقاضي (عليهم)؛ أي: على الابن الكبير وابنه وعبده الذي عليه دين؛ لأنه في كسبهم بمنزلة الأجنبي وهم أحق بالكسب منه (لأنه)؛ أي: الوكيل عنهم (فيه)؛ أي في البيع (ولا تهمة [٢/ ٤٥٣/أ] في الرهن لأن له)؛ أي: للرهن حكمًا واحدًا، وهو أنه مضمون بأقل من قيمته، ومن الدين سواء رهنه عند هؤلاء أو عند الأجنبي، كذا في المبسوط[١].

قوله: (وإن استدان الوصي لليتيم)؛ أي: استقرض لأجله؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة، ولا يعلم فيه خلاف.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٩/ ٨٣).

مِن الِارْتِهَانِ وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّهُ إيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ (وَإِذَا رَهَنَ الْأَبُ مَتَاعَ الصَّغِيرِ، فَأَدْرَكَ الِابْنُ وَمَاتَ الْأَبُ، لَيْسَ لِلِابْنِ أَنْ يَرُدَّهُ حَتَّى يَقْضِيَ الدَّيْنَ) لِوُقُوعِهِ لَازِمًا مِن جَانِبِهِ؛ إذْ تَصَرُّفُ الْأَبِ بِمَنْزِلَةِ تَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ (وَلَوْ كَانَ الْأَبُ رَهَنَهُ لِنَفْسِهِ، فَقَضَاهُ الِابْنُ، رَجَعَ بِهِ فِي مَالِ الْأَبِ)؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِيهِ لِحَاجَتِهِ إلَى إحْيَاءِ مِلْكِهِ فَأَشْبَهَ مُعِيرَ الرَّهْنِ (وَكَذَا إذَا هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَفْتَكَّهُ)؛ لِأَنَّ الْأَبَ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ (وَلَوْ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ عَلَى نَفْسِهِ، وَبِدَيْنٍ عَلَى الصَّغِيرِ جَازَ) لِاشْتِمَالِهِ عَلَى أَمْرَيْنِ جَائِزَيْنِ (فَإِنْ هَلَكَ ضَمِنَ الْأَبُ حِصَّتَهُ مِن ذَلِكَ لِلْوَلَدِ) لِإِيفَائِهِ دَيْنَهُ مِن مَالِهِ بِهَذَا الْمِقْدَارِ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ، وَكَذَلِكَ الْجَدُّ أَبُ الْأَبِ إذَا لَمْ يَكُنْ الْأَبُ أَوْ وَصِيُّ الْأَبِ (وَلَوْ رَهَنَ الْوَصِيُّ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ فِي دَيْنٍ اسْتَدَانَهُ عَلَيْهِ، وَقَبَضَ الْمُرْتَهِنُ، ثُمَّ اسْتَعَارَهُ الْوَصِيُّ لِحَاجَةِ الْيَتِيمِ، فَضَاعَ فِي يَدِ الْوَصِيِّ، فَإِنَّهُ خَرَجَ مِن الرَّهْنِ وَهَلَكَ مِن مَالِ الْيَتِيمِ)؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْوَصِيِّ كَفِعْلِهِ بِنَفْسِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعَارَهُ لِحَاجَةِ الصَّبِيِّ، وَالْحُكْمُ فِيهِ هَذَا عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَالْمَالُ دَيْنٌ عَلَى الْوَصِيِّ) مَعْنَاهُ: هُوَ الْمُطَالَبُ بِهِ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذِهِ الِاسْتِعَارَةِ؛ إذْ هِيَ لِحَاجَةِ الصَّبِيِّ (وَلَوْ اسْتَعَارَهُ لِحَاجَةِ نَفْسِهِ ضَمِنَهُ لِلصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ؛ إذْ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الِاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ نَفْسِهِ (وَلَوْ غَصَبَهُ الْوَصِيُّ بَعْدَ مَا رَهَنَهُ، فَاسْتَعْمَلَهُ لِحَاجَةِ نَفْسِهِ حَتَّى هَلَكَ عِنْدَهُ، فَالْوَصِيُّ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ)؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بِالْغَصْبِ وَالِاسْتِعْمَالِ، وَفِي حَقِّ الصَّبِيِّ بِالِاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ

قوله: (ومات الأب) قيد الموت اتفاقي؛ إذ لا تأثير للموت؛ لأنه إذا عقد الأب ثم بلغ الصبي ليس له نقض رهنه ذكره في مبسوط شيخ الإسلام وشرح الطحاوي، وكذا ذكر الأب اتفاقي؛ لأن حكم رهن الوصي كذلك.

قوله: (لاشتماله على أمرين جائزين)، وهو رهن الأب أو الوصي متاع اليتيم لدين على نفسه، ورهنهما متاعه لدين على اليتيم.

قوله: (والحكم فيه) هذا يعني لو كان اليتيم بالغًا فرهن متاعه بنفسه، ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده؛ لم يسقط الدين.

نَفْسِهِ، فَيُقْضَى بِهِ الدَّيْنُ إنْ كَانَ قَدْ حَلَّ (فَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ: أَدَّاهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْيَتِيمِ)؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ لِلْيَتِيمِ عَلَيْهِ مِثْلُ مَا وَجَبَ لَهُ عَلَى الْيَتِيمِ فَالتَقَيَا قِصَاصًا (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ) مِن الدَّيْنِ (أَدَّى قَدْرَ الْقِيمَةِ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، وَأَدَّى الزِّيَادَةَ مِن مَال الْيَتِيمِ)؛ لِأَنَّ الْمَضْمُونَ عَلَيْهِ قَدْرُ الْقِيمَةِ لَا غَيْرَ (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِن الدَّيْنِ، أَدَّى قَدْرَ الدَّيْنِ مِن الْقِيمَةِ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، وَالْفَضْلُ لِلْيَتِيمِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ الدَّيْنُ، فَالْقِيمَةُ رَهْنٌ)؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمُرْتَهِنِ بِتَفْوِيتِ حَقِّهِ الْمُحْتَرَمِ فَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، ثُمَّ إذَا حَلَّ الْأَجَلُ كَانَ الْجَوَابُ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي فَصَّلْنَاهُ (وَلَوْ أَنَّهُ غَصَبَهُ وَاسْتَعْمَلَهُ لِحَاجَةِ الصَّغِيرِ حَتَّى هَلَكَ فِي يَدِهِ، يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ، وَلَا يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الصَّغِيرِ)؛ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَهُ لِحَاجَةِ الصَّغِيرِ لَيْس بِتَعَدٍّ، وَكَذَا الْأَخْذُ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةَ أَخْذِ مَالِ الْيَتِيمِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ: إذَا أَقَرَّ الْأَبُ أَو الْوَصِيُّ بِغَصْبِ مَالِ الصَّغِيرِ، لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ غَصْبُهُ لِمَا أَنَّ لَهُ وِلَايَةَ الْأَخْذِ، فَإِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ يَضْمَنُهُ لِلْمُرْتَهِنِ يَأْخُذُهُ بِدَيْنِهِ إنْ كَانَ قَدْ حَلَّ، وَيَرْجِعُ الْوَصِيُّ عَلَى الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَيْس بِمُتَعَدٍّ بَلْ هُوَ عَامِلٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ: يَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، ثُمَّ إذَا حَلَّ الدَّيْنُ يَأْخُذُ دَيْنَهُ مِنْهُ، وَيَرْجِعُ الْوَصِيُّ عَلَى الصَّبِيِّ بِذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا. قَالَ: (وَيَجُوزُ رَهْنُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ)؛ لِأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهُ، فَكَانَ مَحَلًّا لِلرَّهْنِ (فَإِنْ رُهِنَتْ بِجِنْسِهَا فَهَلَكَتْ، هَلَكَتْ بِمِثْلِهَا مِن الدَّيْنِ، وَإِن اخْتَلَفَا فِي الْجَوْدَةِ)؛ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِالْجَوْدَةِ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا بِاعْتِبَارِ الْوَزْنِ دُونَ الْقِيمَةِ، وَعِنْدَهُمَا: يَضْمَنُ الْقِيمَةَ مِن خِلَافِ جِنْسِهِ، وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ(*) (وَفِي

قوله: (أدى قدر القيمة إلى المرتهن) وفي بعض النسخ: (أدى قدر الدّين إلى المرتهن) وهذا سهو وقع من الكاتب، وهذا ظاهر لا خفاء فيه لأحد؛ أن حق المرتهن بقدر الدين لا في قيمة الرهن؛ فكان الصحيح ما أثبت في المتن.

قوله: (يضمنه لحق المرتهن) وهو قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير وهو

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِنْ رَهَنَ إبْرِيقَ فِضَّةٍ وَزْنُهُ عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ فَضَاعَ، فَهُوَ بِمَا فِيهِ) قَالَ ﷺ: مَعْنَاهُ: أَنْ تَكُونَ قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ أَوْ أَكْثَرَ، هَذَا الجَوَابُ فِي الوَجْهَيْنِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ عِنْدَهُ بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ، وَعِنْدَهُمَا بِاعْتِبَارِ القِيمَةِ، وَهِيَ مِثْلُ الدَّيْنِ فِي الأَوَّلِ، وَزِيَادَةٌ عَلَيْهِ فِي الثَّانِي، فَيَصِيرُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ مُسْتَوْفِيًا (فَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِن الدَّيْنِ، فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ) المَذْكُورِ، لَهُمَا: أَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الِاسْتِيفَاءِ بِالوَزْنِ لِمَا فِيهِ مِن الضَّرَرِ بِالمُرْتَهِنِ، وَلَا إِلَى اعْتِبَارِ القِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، فَصِرْنَا إِلَى التَّضْمِينِ، بِخِلَافِ الجِنْسِ، لِيَنْتَقِضَ القَبْضُ وَيُجْعَلَ مَكَانَهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكَهُ، وَلَهُ: أَنَّ الجَوْدَةَ سَاقِطَةُ العِبْرَةِ فِي الأَمْوَالِ الرِّبَوِيَّةِ عِنْدَ المُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا، وَاسْتِيفَاءُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ جَائِزٌ كَمَا إِذَا تَجَوَّزَ بِهِ، ....

قدر الزيادة على الدين.

(إبريق): إناء له خرطوم كذا في المغرب.

قوله: (هذا الجواب)؛ أي قوله فهو بما فيه (في الوجهين) وفيما إذا كانت قيمته مثل وزنه، أو كانت أكبر من وزنه.

قوله: (ثم يتملكه)؛ أي الراهن الذي جعل مكان الرهن الأول، وما ذكر في بعض الحواشي (لم يتملكه)؛ أي المرتهن غير صحيح؛ لأن تملك المرتهن إياه لا يخلو؛ إما أن يجعل ذلك المضمون رهنا مكان الرهن الأول، ثم يتملكه المرتهن أو يتملكه قبل أن يجعله رهنا مكان الأول؛ فإن جعله رهنا ثم تملكه لا يصح؛ لأن ذلك حكم جاهلي على ما يجيء، وإن تملكه قبل جعله رهنا كان مخالفا لجميع الروايات من مبسوط شيخ الإسلام وشرح الجامع.

قوله: (واستيفاء الجيد بالرديء جائز) هكذا وقع في النسخ، ولكن الأصح أن يقال: واستيفاء الرديء بالجيد جائز؛ لما أن الاستدلال بقوله: **(كما إذا تجوز به)** في بدل الصرف والسلم؛ يؤذن أن الأصح ما قلنا؛ لأن التجوز يستعمل فيما إذا أخذ الرديء مكان الجيد، ولأن في جواز استيفاء الجيد بالرديء لا شبهة لأحد فيه؛ فلا يحتاج إلى الاستدلال بشيء آخر، ولأن وضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة إبريق هي أقل من العشرة؛ لرداءته

وَقَدْ حَصَلَ الِاسْتِيفَاءُ بِالإِجْمَاعِ، وَلِهَذَا يُحْتَاجُ إِلَى نَقْضِهِ، وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُهُ بِإِيجَابِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ مِن مُطَالِبٍ وَمُطَالَبٍ، وَكَذَا الإِنْسَانُ لَا يَضْمَنُ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَبِتَعَذُّرِ التَّضْمِينِ يَتَعَذَّرُ النَّقْضُ، وَقِيلَ: هَذِهِ فُرَيْعَةُ مَا إِذَا اسْتَوْفَى الزُّيُوفَ مَكَانَ الجِيَادِ فَهَلَكَتْ، ثُمَّ عَلِمَ بِالزِّيَافَةِ: يُمْنَعُ الِاسْتِيفَاءُ وَهُوَ مَعْرُوفٌ، غَيْرَ أَنَّ البِنَاءَ لَا يَصِحُّ مَا هُوَ المَشْهُورُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا فِيهَا مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي هَذَا مَعَ أَبِي يُوسُفَ،

فكان المرتهن مستوفيا الرديء بمقابلة جيده.

قوله: (وقد حصل الاستيفاء بالإجماع)؛ لأن المرتهن متى قبض مع علمه بأنه يصير مستوفيا بالهلاك فقد رضي بوقوعه استيفاء؛ فكأنه رضي بدون حقه وصار كما لو استوفى الزيوف مكان الجياد، وهو عالم به، كذا في المبسوط.

قوله: (إلى نقضه)؛ أي نقض الاستيفاء، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان؛ **(لأنه لا يد له)**؛ أي لإيجاب الضمان **(من مُطالِبَ ومُطالَبَ)**، ولا مُطالِبَ هاهنا؛ لأن المطالب إما أن يكون هو الراهن، ولا يجوز ذلك؛ لأن النقض بعد قضاء دينه بالرديء يضره ولا ينفعه، ولا يجوز أن يكون المرتهن؛ لأنه مطالب فلا يصح أن يكون مطالبا للتدافع، وفيه أيضًا يلزم تضمين الإنسان لملك نفسه لنفسه، ولا نظير له في الشرع.

قوله: («وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى...») إلى آخره ووجه كونه فرعًا أن المرتهن يصير مستوفيًا حكمًا بهلاك الرهن؛ فيعتبر بما لو استوفى حقيقة كما في هذه المسألة، ولا يكون له نقض استيفائه حقيقة فكذا فيما نحن فيه.

وذكر عيسى بن أبان أن محمدا في تلك المسألة أولا مع أبي حنيفة، أما قوله الآخر كقول أبي يوسف على قياس ما ذكره في الرهن؛ إذ لا فرق بين الفصلين فإن الرهن مقبوض الاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء، ولا يقال: كيف يستقيم هذا البناء، وهناك لو كان عالما عند القبض برداءة المستوفى يسقط عندهم جميعا، وهنا عند قبض الرهن عالم برداءة المقبوض؛ لأنا نسلم ذلك، ولكنه عند قبض الرهن ما كان يعلم أنه يهلك في يده فيصير مستوفيا فبمجرد القبض لا يتم رضاه بسقوط حقه في الجودة.

وَالفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ: أَنَّهُ قَبَضَ الزُّيُوفَ لِيَسْتَوْفِيَ مِن عَيْنِهَا، وَالزِّيَافَةُ لَا تَمْنَعُ الِاسْتِيفَاءَ، وَقَدْ تَمَّ بِالهَلَاكِ وَقَبْضِ الرَّهْنِ لِيَسْتَوْفِيَ مِن مَحَلٍّ آخَرَ، فَلَا بُدَّ مِن نَقْضِ القَبْضِ، وَقَدْ أَمْكَنَ عِنْدَهُ بِالتَّضْمِينِ، وَلَو انْكَسَرَ الإِبْرِيقُ فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ ـ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ ـ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا يُجْبَرُ عَلَى الفِكَاكِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَذْهَبَ شَيْءٌ مِن الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِالجَوْدَةِ عَلَى الِانْفِرَادِ، وَلَا إِلَى أَنْ يَفْتَكَّهُ مَعَ النُّقْصَانِ لِمَا فِيهِ مِن الضَّرَرِ فَخَيَّرْنَاهُ، إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِمَا فِيهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ مِن جِنْسِهِ، أَوْ خِلَافِ جِنْسِهِ، وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ المُرْتَهِنِ، وَالمَكْسُورُ لِلْمُرْتَهِنِ

وفي مبسوط شيخ الإسلام: ولكن جعل هذه المسألة مبتدأة أولى؛ لأن محمدا مع أبي حنيفة في المشهور.

قوله: (**والفرق لمحمد**)؛ أي: على تقدير البناء على تلك المسألة، وهي مسألة الجامع الصغير.

(**أنه**)؛ أي: رب الدين (**قبض الزيوف**)؛ لتكون تلك الزيوف [٢/ ٤٥٣/ ب] بعينها مقام الدين، والزيافة لا تمنع الاستيفاء بالهلاك، أما قبض الرهن فالمرتهن ما أخذه ليأخذ حقه من عينه؛ بل أخذه ليستوفي دينه من محل آخر فلا بد من نقض القبض، وأمكن نقضه بأداء الضمان وأخذ مثل حقه.

قوله: (**لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين...**) إلى آخره.

فإن قيل: بين الدليل والمدعى؛ لأن هذا التعليل تعليل عدم سقوط شيء من الدين؛ لأنه لو سقط يصير مستوفيا الدين بمقابلة الجودة. والجودة لا قيمة لها في الأموال الربوية ولا يجبر الراهن على الفكاك؛ لأنه يؤدي إلى الإضرار به؛ لما فيه من الضرر بالراهن.

(**فخيرناه**)؛ أي: الراهن (إن شاء افتكه بما فيه)؛ أي: بالدين في ذلك (**المكسور**)، وهو جميع الدين، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجانًا، ولا أن يفتكه مع النقصان لما مر؛ فتعذر الفكاك أصلًا فصار بمنزلة الهلاك.

قلنا: الاستيفاء عند الهلاك بالمالية؛ فطريقه أن يكون مضمونًا بالقيمة لا أن يتملك المرتهن عين الرهن بالدين، ولكنه يضمن القيمة؛ لأنه لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا بأداء الضمان، وهذا أمر مشروع.

بِالضَّمَانِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ نَاقِصًا، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِالدَّيْنِ اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الِانْكِسَارِ بِحَالَةِ الهَلَاكِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الفِكَاكُ مَجَّانًا صَارَ بِمَنْزِلَةِ الهَلَاكِ، وَفِي الهَلَاكِ الحَقِيقِيِّ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ بِالإِجْمَاعِ فَكَذَا فِيمَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ. قُلْنَا: الِاسْتِيفَاءُ عِنْدَ الهَلَاكِ بِالمَالِيَّةِ، وَطَرِيقُهُ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالقِيمَةِ، ثُمَّ تَقَعُ المُقَاصَّةُ، وَفِي جَعْلِهِ بِالدَّيْنِ إِغْلَاقُ الرَّهْنِ، وَهُوَ حُكْمٌ جَاهِلِيٌّ، فَكَانَ التَّضْمِينُ بِالقِيمَةِ أَوْلَى، وَفِي الوَجْهِ الثَّالِثِ: وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِن وَزْنِهِ ثَمَانِيَةً، يَضْمَنُ قِيمَتَهُ جَيِّدًا مِن خِلَافِ جِنْسِهِ، أَوْ رَدِيئًا مِن جِنْسِهِ، وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ حَالَةَ الِانْكِسَارِ بِحَالَةِ الهَلَاكِ، وَالهَلَاكُ عِنْدَهُ بِالقِيمَةِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي ـ وَهُوَ مَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِن وَزْنِهِ اثْنَيْ عَشَرَ ـ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يَضْمَنُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ العِبْرَةَ لِلْوَزْنِ عِنْدَهُ لَا لِلْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ، فَإِنْ كَانَ بِاعْتِبَارِ الوَزْنِ كُلِّهِ مَضْمُونًا يُجْعَلُ كُلُّهُ مَضْمُونًا، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فَبَعْضُهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الجَوْدَةَ تَابِعَةٌ لِلذَّاتِ، وَمَتَى صَارَ الأَصْلُ مَضْمُونًا

ألا ترى أن محمدًا وافقنا أنه يجب الضمان إذا كان يؤدي إلى الربا، أو إلى الضرر كما في الوجه الثالث، كذا في الإيضاح.

قوله: (**وفي جعله**)؛ أي جعل الرهن مضمونا بالدين حال قيامه يؤدي إلى إغلاق الرهن، وأنه (**حكم جاهلي**) مردود في الشرع؛ فصرنا إلى التضمين بالقيمة؛ لأنه لا يؤدي إلى الإغلاق؛ لانتقال حكم الرهن إلى مثله.

قوله: (**أما عندهما فظاهر**) كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار؛ فتكون حالة الانكسار حالة التضمين لكل حال لما مر.

قوله: (**«والهلاك عنده»**)؛ أي عند محمد (**بالقيمة**)؛ أي في هذا الفصل، وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه مضمون بالقيمة؛ فكذا عند الانكسار، وإنما يضمن قيمته من خلاف جنسه للتحرز على الربا، كذا في المبسوط.

قوله: (**وإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا**) وهو فيما إذا كان وزن الذهب مثل وزن الدين، (**وإن كان بعضه فبعضه**) يعني إن كان بعض الرهن مضمونا لا الزائد عليه، وهو فيما إذا كان وزن الرهن أكبر من وزن

اسْتَحَالَ أَنْ يَكُونَ التَّابِعُ أَمَانَةً، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يَضْمَنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ، وَيَكُونُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الإِبْرِيقِ لَهُ بِالضَّمَانِ، وَسُدُسُهُ يُفْرَزُ حَتَّى لَا يَبْقَى الرَّهْنُ شَائِعًا، وَيَكُونُ مَعَ قِيمَتِهِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الْمَكْسُورِ رَهْنًا؛ فَعِنْدَهُ تُعْتَبَرُ الجَوْدَةُ وَالرَّدَاءَةُ، وَتُجْعَلُ زِيَادَةُ القِيمَةِ كَزِيَادَةِ الوَزْنِ كَأَنَّ وَزْنَهُ اثْنَا عَشَرَ، وَهَذَا لِأَنَّ الجَوْدَةَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي ذَاتِهَا حَتَّى تُعْتَبَرُ عِنْدَ المُقَابَلَةِ، بِخِلَافِ جِنْسِهَا، ....

الدين فحينئذ تنقسم الجودة على المضمون والأمانة فيما كان بمقابلة المضمون يكون مضمونا وما كان بمقابلة الأمانة يكون أمانة.

وفي مسألتنا كان كله مضمونا؛ لأن وزن الذهب مثل وزن الدين؛ فكان كله مضمونا، وحاصله أن الإبريق أو القلب المرهون؛ لما كانت قيمته زائدة على الدين مع اتحادهما في الوزن صارت الزائدة مضمونة أيضًا تبعا للوزن عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الوزن أصل، والصياغة تبع؛ لأن الوزن يقوم بدون الصياغة.

والصياغة لا تبقى بدون الوزن؛ فكانت الصياغة تبعا للوزن كالأطراف تبع للرقبة؛ فإذا كان الوزن مضمونا صارت الصياغة مضمونة تبعا للأصل؛ لأن حكم التبع لا يخالف حكم الأصل، وحالة الانكسار ليست بحالة استيفاء الدين عنده؛ فيكون ضامنا جميع القيمة من خلاف جنسه كما في المغصوب.

وروى بشر عن أبي يوسف مثل هذا، ولكن ظاهر مذهب أبي يوسف أن المرتهن يضمن خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه، ويميز سدس المكسور فيضم إلى ما ضمن، ويكون مرهونا عنده، وخمسة أسداس القلب يصير مملوكا له بالضمان.

وإنما يميز للتحرز من الشيوع في الرهن؛ إذ شيوع الطارئ كالمقارن في الرهن؛ فإن من أصله أن الضمان والأمانة تتبع في الوزن والجودة؛ لأن الصنعة لها حكم المالية مع الأصل، ولهذا تعتبر من الثلث في القلب الموصى به.

ولو باع الوصي قلب اليتيم بمثل وزنه لا يجوز، ويجعل محاباته بالجودة والصنعة كمحاباته بالوزن؛ فإذا تقرر هذا قلنا خمسة أسداس القلب يصير

وَفِي تَصَرُّفِ المَرِيضِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تُعْتَبَرُ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا سَمْعًا فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُهَا، وَفِي بَيَانِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ نَوْعُ طُولٍ يُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهِ مِن المَبْسُوطِ وَالزِّيَادَاتِ

مضمونا بالجودة وصنعته وسدسه أمانة فالتعبير بالانكسار؛ فيما هو أمانة لا يعتبر، وفيما هو مضمون يعتبر، وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده؛ فيضمن خمسة أسداسه من خلاف جنسه كذا في المبسوطين.

قوله: (**وفي تصرف المريض**) حتى إذا باع المريض قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري؛ بل يعتبر خروجه من الثلث.

قوله: (**وفي بيان قول محمد نوع طول**...) إلى آخره.

وفي المبسوط[1]: عند محمد إن انتقص بالانكسار درهم أو درهمان [٢/ ٤٥٤/أ] يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين، وإن انتقص أكثر من ذلك يخير الراهن إن شاء جعله للمرتهن بدينه، وإن شاء افتكه بكل الدين؛ لأن من أصله أن الضمان في الوزن والأمانة في الجودة والصنعة؛ باعتبار الجودة والصنعة تابعة للوزن.

وصفة الأمانة في المرهون كذلك، لا حكم الرهن على الأصالة هو المضمون؛ لأنه عقد ضمان، واستيفاء فيجعل الأصل بمقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع، إلا أن يفضل شيء من الضمان؛ فحينئذ يصرف إلى الجودة ضرورة؛ فإذا كانت الأمانة هاهنا في الجودة والصنعة.

قلنا: إذا لم ينتقض بالانكسار أكثر من الدرهمين فالقلب ما كان أمانة فيجبر على الفكاك بكل الدين، وإن انتقص أكثر من ذلك؛ فقد فات شيء من المضمون وحالة الانكسار عند محمد معتبرة بحالة الهلاك.

وفي هذا الفصل في الهلاك يصير مستوفيا دينه؛ فكذا عند الانكسار يكون مضمونا بالدين، ويتخير الراهن كما بينا، كذا في المبسوط.

وحاصله أن محمدًا حصر وجوب الجبر على الفكاك عند عدم ازدياد النقصان على الدرهمين؛ لأنه إذا زاد النقصان على الدرهمين يقع النقصان في

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١١٦).

مَعَ جَمِيعِ شُعَبِهَا. قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنْ يَرْهَنَهُ الْمُشْتَرِي شَيْئًا بِعَيْنِهِ، جَازَ

الرهن المضمون، وهو العشرة وإذا لم يزد يقع النقص في الأمانة؛ فيبقى المرهون على حاله مضمونًا، إليه أشار شيخ الإسلام.

وفي الكافي: ولو كانت قيمته أقل من وزنه سبعة أو أكثر أو تسعة أو عشرة إن شاء افتكه بكل الدين، وإن شاء ضمنه بخلاف جنسه بالاتفاق، ولو كانت وزنه أكثر من دينه خمسة عشر، وهلك استوفى دينه بثلثه وثلثه أمانة قلت قيمته أو كثرت.

وكذا عندهما إن كانت أقل من الدين أو مثله عشرة؛ ضمن قيمته من خلاف، وإن كانت أكثر من اثني عشر ضمن قيمته خمسة أسداسها كما مر، وإن انكسر إن شاء افتكه بكل الدين، وإن شاء ضمنه قيمة ثلثيه قلت أو كثرت عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذا عند أبي يوسف إن كانت قيمته مثل وزنه.

وعند محمد رحمه الله؛ إن شاء افتكه بكل الدين، وإن شاء ترك ثلثيه بدينه، وأخذ منه ثلثه، وإن كانت أكثر من عشرين فعند أبي يوسف إن شاء افتكه بكل الدين، وإن شاء ضمنه قيمته نصف الرهن؛ لأن قيمة نصفه تبلغ قدر الدين.

وعند محمد؛ إن انتقص قدر خمسة دراهم بالكسر يجبر على الفكاك بكل الدين، وإن انتقص أكثر من ذلك يُخيَّر إن شاء افتكه بكل الدين، وإن شاء ترك ثلثي الرهن بدينه وأخذ الثلث، وإن كانت قيمته اثني عشر إن شاء افتكه بكل الدين، وإن شاء ضمنه قيمة خمسة أسداسه عندهما، وإن كانت مثل الدين عشرة أو أقل من الدين تسعة إن شاء افتكه بكل الدين، وإن شاء ضمنه قيمة جميعه من خلافه عندهما.

وصارت الأقسام ستة وعشرين فصلا؛ إذ القسم الأول وهو أن يكون الدين مثل وزنه ستة فصول؛ لأنه إما إن كانت مثل الدين أو أقل أو أكثر فثلاثة بتقدير هلاكه، وثلاثة بتقدير الانكسار، والقسم الثاني: وهو أن يكون وزنه ثمانية عشر فصول، والقسم الأول بفصوله مذكور في الهداية فقط، والثاني في شعبها التي أحالها إلى المبسوط والزيادات.

قوله: (ومن باع عبداً على أن يرهنه...) إلى آخره، هذه المسألة مرت في

اسْتِحْسَانًا) وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا يَجُوزَ، وَعَلَى هَذَا القِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ إِذَا بَاعَ شَيْئًا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ كَفِيلًا مُعَيَّنًا حَاضِرًا فِي المَجْلِسِ فَقَبِلَ. وَجْهُ القِيَاسِ: أَنَّهُ صَفْقَةٌ فِي صَفْقَةٍ وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِهِمَا، وَمِثْلُهُ يُفْسِدُ البَيْعَ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ شَرْطٌ مُلَائِمٌ لِلْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الكَفَالَةَ وَالرَّهْنَ لِلِاسْتِيثَاقِ وَأَنَّهُ يُلَائِمُ الوُجُوبَ، فَإِذَا كَانَ الكَفِيلُ حَاضِرًا فِي المَجْلِسِ وَالرَّهْنُ مُعَيَّنًا، اعْتَبَرْنَا فِيهِ المَعْنَى، وَهُوَ مُلَائِمٌ، فَصَحَّ العَقْدُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الرَّهْنُ وَلَا الكَفِيلُ مُعَيَّنًا، أَوْ كَانَ الكَفِيلُ غَائِبًا حَتَّى افْتَرَقَا، لَمْ يَبْقَ مَعْنَى الكَفَالَةِ، وَأمرهنُ لِلْجَهَالَةِ، فَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ لِعَيْنِهِ فَيَفْسُدُ، وَلَوْ كَانَ غَائِبًا فَحَضَرَ فِي المَجْلِسِ وَقَبِلَ صَحَّ (وَلَو امْتَنَعَ المُشْتَرِي عَنْ تَسْلِيمِ الرَّهْنِ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ) وَقَالَ زُفَرُ: يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ

البيوع فالبيع بشرط الرهن المعين والكفيل المعين جائز، ولا يعلم فيه خلاف.

أما لو لم يكن الرهن معينًا وكذا الكفيل لا يجوز إذا كان غير معين أو غائبًا عندنا والشافعي وأحمد، وحكي عن مالك وأبي ثور يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع إليه رهنا بقدر الدين؛ لأنه وثيقة فجاز شرطها مطلقًا كالشهادة، وقلنا: الاستيفاء والقبض والبيع في المجهول لا يتصور، كما لو شرط رهن ما في كمه بخلاف الشهادة فإن لها عرفًا في الشرع، أما لا عرف في الرهن ولا يلزمه شيء معين.

قوله: (فقبل)؛ أي: قبِل الكفيل الكفالة.

قوله: (ولأنه شرط لا يقتضيه العقد) قيد به؛ لأنه لو كان شرطا يقتضيه العقد، وهو الذي يجب بالعقد من غير شرطه كما لو شرط على البائع تسليم المبيع أو على المشتري تسليم الثمن لا يضر.

(وأنه)؛ أي الاستيثاق **(يلائم الوجوب)؛** أي: وجوب الثمن؛ إذ هو شرط استيفاء الثمن فيلائم العقد؛ إذ في الحقيقة شرط توثق الثمن واستيفائه؛ فيكون بمعنى زيادة وصف في الثمن بأن شرط وجوده.

قوله: (لم يجبر عليه)؛ أي: على التسليم والبائع بالخيار في إمضاء البيع أو فسخه وبه قال [٢/ ٤٥٤/ ب] الشافعي وأحمد، وقال زفر: يجبر وبه قال مالك

إِذَا شُرِطَ فِي البَيْعِ صَارَ حَقًّا مِن حُقُوقِهِ كَالوَكَالَةِ المَشْرُوطَةِ فِي الرَّهْنِ، فَيَلْزَمُهُ بِلُزُومِهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: الرَّهْنُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ مِن جَانِبِ الرَّاهِنِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلَا جَبْرَ عَلَى التَّبَرُّعَاتِ (وَلَكِنَّ البَائِعَ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ رَضِيَ بِتَرْكِ الرَّهْنِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ البَيْعَ)؛ لِأَنَّهُ وَصْفٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ، وَمَا رَضِيَ إِلَّا بِهِ فَيَتَخَيَّرُ بِفَوَاتِهِ (إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ المُشْتَرِي الثَّمَنَ حَالًّا) لِحُصُولِ المَقْصُودِ (أَوْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الرَّهْنِ رَهْنًا)؛ لِأَنَّ يَدَ الِاسْتِيفَاءِ تَثْبُتُ عَلَى المَعْنَى وَهُوَ القِيمَةُ.

قَالَ: (وَمَنْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِدَرَاهِمَ، فَقَالَ لِلْبَائِعِ: أَمْسِكْ هَذَا الثَّوْبَ حَتَّى أُعْطِيَكَ الثَّمَنَ، فَالثَّوْبُ رَهْنٌ)؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا يُنْبِئُ عَنْ مَعْنَى الرَّهْنِ، وَهُوَ الحَبْسُ إِلَى وَقْتِ الإِعْطَاءِ، وَالعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلْمَعَانِي، حَتَّى كَانَتْ الكَفَالَةُ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ

وأبو ثور وابن أبي ليلى والقاضي الحنبلي؛ فيما عدا المكيل والموزون؛ لأن فيه يلزم العقد بمجرد الإيجاب والقبول عندهم، وعند زفر؛ يلزم بلزوم البيع كما ذكر في المتن.

قوله: (أَمْسِك هذا الثوب)؛ أي: ثوبًا آخر غير المبيع هكذا في بعض الحواشي.

ولكن ذكر التمرتاشي في جامعه: اشترى ثوبًا وقبضه ثم أعطى البائع وقال: أمسِكْهُ حتى أعطيك الثمن؛ فهو رهن عند أبي حنيفة رحمه الله، ووديعة عند أبي يوسف رحمه الله، فحينئذ لا تفاوت بين المبيع وغيره.

وذكر التمرتاشي في جامعه: اشترى لحمًا أو سمكًا فذهب ليجيء بالثمن فأبطأ؛ فخشي البائع أن يفسد ببيعه ووسع المشتري شراؤه؛ فإن كان في الثمن زيادة يتصدق بها، ولو اشترى جمدا وقبضه ولم يعط الثمن فأخذ البائع الجمد من يده وقال: هات الفلس وخذ الجمد فذاب، فعَلَى المشتري الثمن وعلى البائع قيمة الجمد.

وبمثله لو قال المشتري للبائع بعد الأخذ: ضع الجمد حتى آتي بالفلس فوضع فذاب، لا شيء على البائع؛ لأنه مودع، ولو قال البائع قبل القبض: أمسكه حتى آتي بالفلس فذاب؛ بطل البيع ولا شيء على أحد.

حَوَالَةً، وَالحَوَالَةُ فِي ضِدِّ ذَلِك كَفَالَةٌ، وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَكُونُ رَهْنًا، وَمِثْلُهُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: أَمْسِكْ، يَحْتَمِلُ الرَّهْنَ وَيَحْتَمِلُ الإِيدَاعَ، وَالثَّانِي أَقَلُّهُمَا فَيَقْضِي بِثُبُوتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَمْسِكْهُ بِدَيْنِك، أَوْ بِمَالِك؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَابَلَهُ بِالدَّيْنِ، فَقَدْ عَيَّنَ جِهَةَ الرَّهْنِ، قُلْنَا: لَمَّا مَدَّهُ إِلَى الإِعْطَاءِ عَلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الرَّهْنُ.

فَصْلٌ: [في رَهْنِ العَبْدينِ بِقِيمةٍ مُعَيَّنَةٍ فَيَقْبِضُ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا]

(وَمَنْ رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ، فَقَضَى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ حَتَّى يُؤَدِّيَ بَاقِيَ الدَّيْنِ) وَحِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَخُصُّهُ إِذَا قُسِّمَ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَتِهِمَا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ مَحْبُوسٌ بِكُلِّ الدَّيْنِ، فَيَكُونُ مَحْبُوسًا بِكُلِّ جُزْءٍ مِن أَجْزَائِهِ مُبَالَغَةً فِي حَمْلِهِ عَلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَصَارَ كَالمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ، فَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِن أَعْيَانِ الرَّهْنِ شَيْئًا مِن المَالِ الَّذِي رَهَنَهُ بِهِ، فَكَذَا الجَوَابُ فِي رِوَايَةِ الأَصْلِ، وَفِي الزِّيَادَاتِ: لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ إِذَا أَدَّى مَا سَمَّى لَهُ، وَجْهُ الأَوَّلِ: أَنَّ العَقْدَ مُتَّحِدٌ لَا يَتَفَرَّقُ

قوله: (علم أن مراده الرهن)؛ لأن معنى الرهن هو الحبس إلى وقت الفكاك فإذا صرح بهذا؛ علم أن مراده الرهن، وذلك لأن التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه فكأنه قال: رهنتكه بالثمن.

ألا ترى لو قال: ملكتك بعشرة كقوله: بعتك بعشرة، كذا في جامع البزدوي والمحبوبي رحمهما الله تعالى.

فَصْلٌ وَمَنْ رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ فَقَضَى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا

لما ذكر حكم الراهن الواحد شرع في الاثنين.

قوله: (وصار كالمبيع عند البائع)؛ يعني إذا أدى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي جميع الثمن فكذلك هاهنا.

قوله: (فكذا الجواب) يعني لا يأخذه بقضاء ما سمى في مقابلته في رواية المبسوط، وفي رواية الزيادات؛ له أن يأخذه، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

قوله: (أن العقد متّحد)؛ لاتحاد الموجب والقابل، وعند اتحادهما لا يتفرق بتفريق التسمية كما في البيع.

بِتَفَرُّقِ التَّسْمِيَةِ كَمَا فِي المَبِيعِ، وَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى الِاتِّحَادِ؛ لِأَنَّ أَحَدَ العَقْدَيْنِ لَا يَصِيرُ مَشْرُوطًا فِي الآخَرِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ قَبِلَ الرَّهْنَ فِي أَحَدِهِمَا جَازَ.

قَالَ: (فَإِنْ رَهَنَ عَيْنًا وَاحِدَةً عِنْدَ رَجُلَيْنِ بِدَيْنٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ: جَازَ، وَجَمِيعُهَا رَهْنٌ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ أُضِيفَ إِلَى جَمِيعِ العَيْنِ فِي صَفْقَةٍ

قوله: (ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) يعني لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من القبض في الانتهاء.

والحاصل أن الرهن يتفرق بتفريق التسمية عند اتحاد العقد والبيع لا يتفرق حتى لو باع عبدين بألف، وسمى لكل واحد خمسمائة؛ فلو قبل المشتري البيع في أحدهما يصح، ولو قبل المرتهن العقد في أحدهما عند تفريق التسمية يصح؛ لأنه لو تفرق الرهن بتفريق التسمية لا يتضرر به الراهن، وفي البيع يتضرر البائع؛ لما أن في البيع ضم الرديء إلى الجيد متعارف دون الرهن، ولأن البيع يفسد بالشرط الفاسد فإذا جمع بينهما؛ فلو تفرق بتفريق التسمية يصير قبول العقد في أحدهما شرطا في الآخر فيفسد، أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لا تبرع كالهبة.

قوله: (بدين لكل واحد منهما عليه جاز) سواء كانا شريكين في الدين أو لا، وإن لم يكونا شريكين فيه ودينهما من جنس واحد أو جنسين مختلفين بأن كان دين أحدهما دراهم والآخر دنانير؛ فإن ذلك كله جائز، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (وجميعها رهن عند كل واحد منهما)، فإن قيل: يجب ألا يجوز لأنه أضاف الرهن من اثنين، وهو يوجب الانقسام بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة.

ألا ترى أنه ينقسم على الهلاك، وكما إذا وهب من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة لمكان الشيوع.

قلنا: إن الشيوع والانقسام كما يثبت بالإضافة إلى الاثنين، يثبت الشيوع بين البدل والمبدل كما في البيع إذا أضيف البيع إلى اثنين حيث ينقسم أجر المبيع على أجزاء الثمن، ثم يسقط اعتبار الانقسام بين الدين وأجزاء الرهن

وَاحِدَةٍ وَلَا شُيُوعَ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ صَيْرُورَتُهُ مُحْتَبِسًا بِالدَّيْنِ، وَهَذَا مِمَّا لَا يَقْبَلُ الوَصْفَ بِالتَّجَزِّي، فَصَارَ مَحْبُوسًا بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ الهِبَةِ مِن رَجُلَيْنِ، حَيْثُ لَا تَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (فَإِنْ تَهَايَآ فَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَوْبَتِهِ كَالعَدْلِ فِي حَقِّ الآخَرِ) قَالَ: (وَالمَضْمُونُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّتُهُ مِن الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ عِنْدَ الهَلَاكِ يَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَوْفِيًا حِصَّتَهُ؛ إذ الِاسْتِيفَاءُ مِمَّا يَتَجَزَّأُ. قَالَ: (فَإِنْ أَعْطَى أَحَدُهُمَا دَيْنَهُ: كَانَ كُلُّهُ رَهْنًا فِي يَدِ الآخَرِ)؛ لِأَنَّ جَمِيعَ العَيْنِ رَهْنٌ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

تحرِّيًا؛ لجواز العقد وجعل الكل مرهونا بجميع الدين، وكل جزء من أجزائه محبوسًا بجميع الدين تحريًا للجواز بخلاف البيع؛ فإن اعتبار الانقسام هناك بسبب إضافة البيع إلى اثنين، لا يوجب فساد البيع كما لا يوجب فساد البيع متى يثبت الانقسام بين أجزاء الثمن وأجزاء المبيع؛ لما أن بيع الشائع جائز فاعتبر الانقسام متى أضاف البيع إلى اثنين بخلاف ما لو وهب داره من اثنين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله.

[٢/ ٤٥٥/أ] والرهن من رجلين جائز؛ لأن المقصود من الهبة إيجاب الملك، والعين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكا لكل واحد منهما كمًلًا؛ فإذا لم يتصور ذلك يكون لكل واحد نصفها شائعا، وهبة المشاع لا تجوز، أما المقصود من الرهن إيجاب الحبس للمال حتى يضجر الراهن فيتسارع إلى أداء الدين، والعين الواحد يجوز أن يكون محبوسا كله بحق هذا، وكله بحق الآخر؛ فجعلناه محبوسا لكل واحد منهما بكماله كما في تداخل العدتين في حق المرأة الواحدة؛ فإنها محبوسة لكل واحد من الرجلين كَمَلًا، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (كان كله رهنا في يد الآخر) عند الأئمة الثلاثة نصفه رهن ونصفه وديعة.

وفي المبسوط: لو هلك الرهن عند الآخر للذي أدى دينه أن يسترد ما أدى خلافًا للأئمة الثلاثة؛ لأن ارتهان كل واحد بينهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكر في الكتاب أن كل واحد منهما نوبته كالعدل في حق الآخر؛

مِن غَيْرِ تَفَرُّقٍ، وَعَلَى هَذَا حَبْسُ المَبِيعِ إِذَا أَدَّى أَحَدُ الْمُشْتَرِيَيْنِ حِصَّتَهُ مِن الثَّمَنِ.

قَالَ: (وَإِنْ رَهَنَ رَجُلَانِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِمَا رَجُلًا رَهْنًا وَاحِدًا، فَهُوَ جَائِزٌ، وَالرَّهْنُ رَهْنٌ بِكُلِّ الدَّيْنِ، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُمْسِكَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ يَحْصُلُ فِي الكُلِّ مِن غَيْرِ شُيُوعٍ (فَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ رَهَنَهُ عَبْدَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ وَقَبَضَهُ، فَهُوَ بَاطِلٌ)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّهُ رَهَنَهُ كُلَّ العَبْدِ، وَلَا وَجْهَ إِلَى القَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالكُلِّ؛ لِأَنَّ العَبْدَ الوَاحِدَ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ رَهْنًا لِهَذَا وَكُلُّهُ رَهْنًا لِذَلِكَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَا إِلَى القَضَاءِ بِكُلِّهِ لِوَاحِدٍ بِعَيْنِهِ، لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، وَلَا إِلَى القَضَاءِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الشُّيُوعِ فَتَعَذَّرَ العَمَلُ بِهِمَا وَتَعَيَّنَ التَّهَاتُرُ، وَلَا يُقَالُ: إِنَّهُ يَكُونُ رَهْنًا لَهُمَا كَأَنَّهُمَا ارْتَهَنَاهُ مَعًا إِذَا جُهِلَ التَّارِيخُ بَيْنَهُمَا، وَجُعِلَ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ هَذَا وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ، لِأَنَّا نَقُولُ: هَذَا عَمَلٌ عَلَى خِلَافِ مَا اقْتَضَتْهُ الحُجَّةُ؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ حَبْسًا يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى مِثْلِهِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، وَبِهَذَا القَضَاءِ يَثْبُتُ حَبْسٌ يَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى شَطْرِهِ فِي الِاسْتِيفَاءِ، وَلَيْسَ هَذَا عَمَلًا عَلَى وَفْقِ الحُجَّةِ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ وَإِنْ كَانَ قِيَاسًا، لَكِنَّ مُحَمَّدًا أَخَذَ بِهِ لِقُوَّتِهِ، وَإِذَا وَقَعَ بَاطِلًا، فَلَوْ هَلَكَ يَهْلِكُ

فيصير كل واحد منهما عند الهلاك مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن؛ فيسترد ما أعطاه كي لا يتكرر الاستيفاء.

قوله: (من غير شيوع) وعند الأئمة الثلاثة بالشيوع؛ لما أن رهن الشائع جائز عندهم.

قوله: (فهو باطل) صورة المسألة: أن العبد في يد رجل، وجاء رجل آخر وادعى على صاحب اليد أنك رهنتني عبدك هذا بدين لي عليك؛ فإني ارتهنت منك أو قبضت، ويرهن على وفق دعواه، وجاء آخر وادعى على صاحب اليد أيضًا ذلك كالأول، ويرهن على ما ادعاه؛ فالحاصل أن المرتهن اثنان والرهن واحد، ولكن لم يثبت اتحاد العقد؛ فلذلك بطل هاهنا بخلاف ما تقدم.

قوله: (إذا جُهِل التاريخ)؛ لأنه لو برهن أحدهما تَقَدُّمَ ارتهانِهِ يثبت عقده.

قوله: (لكن محمد أخذ به)؛ أي بالقياس حيث قال في الأصل وبه نأخذ

أَمَانَةٌ؛ لِأَنَّ البَاطِلَ لَا حُكْمَ لَهُ. قَالَ: (وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ وَالعَبْدُ فِي أَيْدِيهِمَا، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى مَا وَصَفْنَاهُ، كَانَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ رَهْنًا، يَبِيعُهُ بِحَقِّهِ اسْتِحْسَانًا) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَفِي القِيَاسِ: هَذَا بَاطِلٌ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ(*)؛ لِأَنَّ الحَبْسَ لِلِاسْتِيفَاءِ حُكْمٌ أَصْلِيٌّ لِعَقْدِ الرَّهْنِ، فَيَكُونُ القَضَاءُ بِهِ قَضَاءً بِعَقْدِ الرَّهْنِ، وَأَنَّهُ بَاطِلٌ لِلشُّيُوعِ كَمَا فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ العَقْدَ لَا يُرَادُ لِذَاتِهِ، وَإِنَّمَا يُرَادُ لِحُكْمِهِ، وَحُكْمُهُ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ الحَبْسُ، وَالشُّيُوعُ يَضُرُّهُ، وَبَعْدَ المَمَاتِ الِاسْتِيفَاءُ بِالبَيْعِ فِي الدَّيْنِ، وَالشُّيُوعُ لَا يَضُرُّهُ، وَصَارَ كَإِذَا ادَّعَى الرَّجُلَانِ نِكَاحَ امْرَأَةٍ، أَو ادَّعَتْ أُخْتَانِ النِّكَاحَ عَلَى رَجُلٍ، وَأَقَامُوا البَيِّنَةَ، تَهَاتَرَتْ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، وَيُقْضَى بِالمِيرَاثِ بَيْنَهُمْ بَعْدَ المَمَاتِ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الِانْقِسَامَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

لقوته؛ أي لقوة القياس كما بينا، وضعف وجه الاستحسان؛ لأن ذلك عمل على خلاف ما قامت به البينة، والعمل بخلاف الحجة باطل.

قوله: (وهو قول أبي حنيفة) ومحمد معه.

قوله: (وأنه باطل)؛ أي: القضاء بعقد الرهن للشيوع؛ لأنه لا يتمكن من القضاء لكل واحد منهما إلا في النصف؛ فيلزم الشيوع بخلاف الرهن من رجلين؛ لأن حق كل واحد هناك يثبت في جميع الرهن حتى لو قضى جميع دين أحدهما، لا يسترد شيئًا من الرهن؛ فأبو يوسف سوى بين حالة الحياة وحالة الوفاة، وهما فرّقا وقالا: المقصود من الرهن حالة الحياة الحبس والشيوع يضره، وبعد الوفاة الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره.

وقيل: ذكر محمد القياس والاستحسان؛ فيما إذا كان الرهن في أيديهما، ولم يذكر فيما إذا كان الرهن في يد الراهن، وهي المسألة الأولى، والأصح أن القياس والاستحسان فيهما.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

بَابُ الرَّهَنِ الذي يُوضَعُ على يَدِ الْعَدلِ

قَالَ: (وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى وَضْعِ الرَّهْنِ عَلَى يَدِ العَدْلِ جَازَ، وَقَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ) ذُكِرَ قَوْلُهُ فِي بَعْضِ النُّسَخِ؛ لِأَنَّ يَدَ العَدْلِ يَدُ المَالِكِ، وَلِهَذَا يَرْجِعُ العَدْلُ عَلَيْهِ عِنْدَ الِاسْتِحْقَاقِ فَانْعَدَمَ القَبْضُ، وَلَنَا: أَنَّ يَدَهُ عَلَى الصُّورَةِ يَدُ المَالِكِ فِي الحِفْظِ؛ إذ العَيْنُ أَمَانَةٌ، وَفِي حَقِّ المَالِيَّةِ يَدُ المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ ضَمَانٍ، وَالمَضْمُونُ هُوَ المَالِيَّةُ فَنُزِّلَ مَنْزِلَةَ الشَّخْصَيْنِ ....

بَابُ الرَّهْنِ يُوضَعُ عَلَى يَدِ الْعَدْلِ

لما ذكر حكم الراهن والمرتهن؛ شرع في بيان حكم نائبهما وهو العدل.

والمراد بالعدل هنا: من رضي الراهن والمرتهن وضع الرهن في يده، ممن يجوز تصرفه، ولا خلاف فيه، ووضع الرهن باتفاقهما جائز عند أكثر أهل العلم.

قوله: (**وذكر قوله**)؛ أي: قول مالك في بعض النسخ.

وذكر في المبسوط وشرح الأقطع: مكان مالك ابن أبي ليلى، وما لمالك فيه رواية.

وفي المغني لابن قدامة، والحلية وغيرهما من كتب أصحاب الشافعي وأحمد: ذكر خلاف ابن أبي ليلى والحكم والحارث العكلي وداود.

قوله: (**لأن يد العدل يد المالك**) إلى آخره: وفي الكافي: هذا الدليل يشعر بأن على قول مالك القبض شرط، وقد روي في كتبه أنه غير شرط، فيمكن أن يكون له روايتان حتى يصح ذلك، ولكن الصحيح: أنه لا خلاف لمالك في جواز وضعه على يد العدل.

قوله: (**فَنُزِّلَ**)؛ أي: العدل (**منزلة الشخصين**) وصار نائبا عنهما، ويده كيدهما، ويجوز أن تجعل اليد الواحدة في حكم اليدين، كمن عجل زكاة ماله إلى الساعي، فإن يده يد صاحب المال من وجه، ويد الفقير من وجه، فلو هلك النصاب أو انتقص قبل تمام الحول؛ كان للمالك استرداد ما دفعه إلى الساعي إذا كان قائما، ويد الفقير من حيث إنه لو هلك الزكاة في يده، وبقي النصاب إلى تمام الحول؛ يقع المؤدى عن الزكاة، كما لو دفعه إلى الفقير.

تَحْقِيقًا لِمَا قَصَدَاهُ مِن الرَّهْنِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ العَدْلُ عَلَى المَالِكِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ فِي حِفْظِ العَيْنِ كَالمُودَعِ. قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ وَلَا لِلرَّاهِنِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ) لِتَعَلُّقِ حَقِّ الرَّاهِنِ فِي الحِفْظِ بِيَدِهِ وَأَمَانَتِهِ وَتَعَلُّقِ حَقِّ المُرْتَهِنِ بِهِ اسْتِيفَاءً، فَلَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمَا إِبْطَالَ حَقِّ الآخَرِ (فَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ، هَلَكَ فِي ضَمَانِ المُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّ يَدَهُ فِي حَقِّ المَالِيَّةِ ....

فإن قيل: [٢/ ٤٥٥/ب] فعلى هذا ينبغي أن يرجع العدل بضمان الاستحقاق على المرتهن أيضًا، ولا يرجع عليه، بل يرجع على الراهن بما مر.

قلنا: إنما لا يرجع عليه بضمان الاستحقاق، مع أنه نائب عنهما؛ لأن المستحق إنما يضمن العدل بضمان الغصب والتحويل والنقل، وذا يتحقق في العين لا في المالية، وفي حق العين نائب عن الراهن.

فإن قيل: إن الرهن لا يتم إلا بالقبض، وقبض العدل يكون قبضا للمرتهن.

قلنا: ذاك حكما لا حقيقة، ولهذا يمنع الراهن من أخذه من يد العدل.

قوله: (**لأن يده**)؛ أي: يد العدل (**في حق المالية**) إلى آخره.

فإن قيل: الرهن لا يتم إلا بالقبض، وقبض العدل يكون قبضًا للراهن، ولا يكون قبضًا للمرتهن، لا حقيقة ولا حكما، فكيف يضمن؟

أما حقيقة فظاهر، وأما حكمًا فلو جعل قابضًا إنما جعل بموافقة الراهن على قبض العدل، ولا تأثير لذلك؛ لأن القبض لا يتم بقبض الراهن وإن اتفقا عليه، فكذا لو اتفقا على قبض العدل، كما لو اتفق البائع والمشتري على وضع المبيع على يد العدل قبل أداء الثمن، فإنه يصير نائبا عن البائع، حتى لو هلك المبيع كان الهلاك على البائع، ولم يعتبر أمر المشتري العدل بقبض المبيع فيما ليس له قبض المبيع قبل نقد الثمن لا يصح؛ لأن العدل لا يصير نائبا عن المرتهن في القبض بأمر المرتهن؛ لأن الآمر إذا لاقى حقًّا مستحقًّا للآمر[1] يصح، وإلّا لا.

---

(١) في الأصل: (للأثر) والمثبت من النسخة الثانية.

يَدُ المُرْتَهِنِ، وَهِيَ المَضْمُونَةُ (وَلَوْ دَفَعَ العَدْلُ إِلَى الرَّاهِنِ أَو المُرْتَهِنِ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّهُ مُودَعُ الرَّاهِنِ فِي حَقِّ العَيْنِ وَمُودَعُ المُرْتَهِنِ فِي حَقِّ المَالِيَّةِ، وَأَحَدُهُمَا أَجْنَبِيٌّ عَن الآخَرِ، وَالمُودَعُ يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ إِلَى الأَجْنَبِيِّ (وَإِذَا ضَمِنَ العَدْلُ قِيمَةَ الرَّهْنِ بَعْدَ مَا دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا، وَقَد اسْتَهْلَكَهُ المَدْفُوعُ عَلَيْهِ، أَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ، لَا يَقْدِرُ أَنْ يَجْعَلَ القِيمَةَ رَهْنًا فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا وَمُقْتَضِيًا وَبَيْنَهُمَا تَنَافٍ، لَكِنْ يَتَّفِقَانِ عَلَى أَنْ يَأْخُذَاهَا مِنْهُ وَيَجْعَلَاهَا رَهْنًا عِنْدَهُ أَوْ عِنْدَ غَيْرِهِ، وَلَوْ تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا يَرْفَعُ أَحَدُهُمَا إِلَى القَاضِي لِيَفْعَلَ كَذَلِكَ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ، ثُمَّ قَضَى الرَّاهِنُ الدَّيْنَ، وَقَدْ ضَمِنَ

وبعقد الرهن لم يصر القبض حقًّا للمرتهن، حتى كان للراهن أن يمنعه من القبض، فإذا كان كذلك صار وجود أمره وعدمه بمنزلة، ولو عدم منه الأمر حقيقة لم يكن نائبا عنه في القبض، فكذا فيما لا يصح الأمر.

قلنا: ولو اتفق الراهن والمرتهن بعد قبض المرتهن الرهن على وضعه على يد عدل يجوز، وتصير يد العدل كيده، حتى لو هلك في يد العدل كان في ضمان المرتهن، فعلم أن اتفاقهما على وضعه على يد العدل ليس كاتفاقهما على وضعه في يد الراهن، وبالأمر يصير العدل وكيلا في القبض، وله حق القبض بعد العقد، فيجعل يده كيدهما.

بخلاف باب البيع؛ لأن جعل العدل نائبا عن المشتري قبل نقد الثمن؛ يعتبر موجب البيع، فإن موجبه أن اليد للبائع قبل نقد الثمن في حق العين والمالية، فإذا كان كذلك اعتبر يد البائع؛ لأن اليد كان له في الأصل، وفي الرهن لا يؤدي إلى تغيير موجب الرهن في حق المالية وفي حق العين كيد الراهن. كذا في المبسوطين.

(لا يقدر)؛ أي: العدل **(أن يجعل القيمة رهنا في يده)**؛ لأن القيمة وجبت في ذمته، فلو جعله رهنا في يده؛ صار الواحد قاضيًا ومَقضِيًّا عليه. كذا في الذخيرة.

قوله: (يرفع)؛ أي: العدل يرفع أحدهما من الراهن والمرتهن إلى القاضي **(ولو فعل)**؛ أي: القاضي **(كذلك)**؛ أي: القيمة رهنا في يد العدل.

العَدْلُ القِيمَةَ بِالدَّفْعِ إِلَى الرَّاهِنِ، فَالقِيمَةُ سَالِمَةٌ لَهُ، لِوُصُولِ المَرْهُونِ إِلَى الرَّاهِنِ، وَوُصُولِ الدَّيْنِ إِلَى المُرْتَهِنِ، وَلَا يَجْتَمِعُ البَدَلُ وَالمُبْدَلُ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ (وَإِنْ كَانَ ضَمِنَهَا بِالدَّفْعِ إِلَى المُرْتَهِنِ، فَالرَّاهِنُ يَأْخُذُ القِيمَةَ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ العَيْنَ لَوْ كَانَتْ قَائِمَةً فِي يَدِهِ يَأْخُذُهَا إِذَا أَدَّى الدَّيْنَ، فَكَذَلِكَ يَأْخُذُ مَا قَامَ مَقَامَهَا، وَلَا جَمْعَ فِيهِ بَيْنَ البَدَلِ وَالمُبْدَلِ. قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ الرَّاهِنُ المُرْتَهِنَ، أَو العَدْلَ، أَو غَيْرَهُمَا بِبَيْعِ الرَّهْنِ عِنْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ، فَالوَكَالَةُ جَائِزَةٌ)؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِبَيْعِ مَالِهِ (وَإِنْ شُرِطَتْ فِي

قوله: (فالقيمة سالمة له)؛ أي: للعدل؛ لأنه لا وجه إلى أن يأخذه الراهن؛ لأنه وصل إليه عين ماله. ولا وجه إلى أن يأخذه المرتهن؛ لأنه وصل إليه حقه، فتبقى القيمة سالمة للعدل.

قوله: (وإن كان)؛ أي: العدل ضمن القيمة بسبب الدفع إلى المرتهن **(فالراهن يأخذ القيمة منه)**؛ أي: من العدل، وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك؟

ينظر: إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة، وهلك في يد المرتهن؛ لا يرجع، وإن استهلكه المرتهن يرجع؛ لأن العدل بأداء الضمان ملكه، وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه، فإن هلك لا يضمن، وإن استهلكه يضمن، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهنا، وقال: هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك؛ رجع العدل عليه في الهلاك والاستهلاك؛ لأنه دفع إليه على وجه الضمان، فلو دفع العدل الرهن إلى أجنبي وديعة من غير ضرورة؛ فهو ضامن؛ لأنه أمين في حق الرهن، فصار كالمودع. كذا في الذخيرة.

وعند الأئمة الثلاثة: لا ضمان عليه بالدفع إليهما، فبالدفع إلى أجنبي يضمن.

قوله: (ولا جمع فيه بين البدل والمبدل)؛ لأن العين زال عن ملك الراهن إلى العدل، ويحترز به عن المسألة الأولى؛ فإنه يلزم الحجر كما بينا.

قوله: (فالوكالة جائزة) ولا خلاف للأئمة الثلاثة فيه، حتى يصح بيعه.

والخلاف في أنه ينعزل بعزل الراهن بدون رضى المرتهن.

عَقْدِ الرَّهْنِ، فَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَعْزِلَ الوَكِيلَ، وَإِنْ عَزَلَهُ لَمْ يَنْعَزِلْ)؛ لِأَنَّهَا لَمَّا شُرِطَتْ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الرَّهْنِ، صَارَ وَصْفًا مِن أَوْصَافِهِ وَحَقًّا مِن حُقُوقِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لِزِيَادَةِ الوَثِيقَةِ فَيَلْزَمُ بِلُزُومِ أَصْلِهِ، وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُرْتَهِنِ وَفِي العَزْلِ إِتْوَاءُ حَقِّهِ، وَصَارَ كَالوَكِيلِ بِالخُصُومَةِ بِطَلَبِ المُدَّعِي (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِالبَيْعِ مُطْلَقًا حَتَّى مَلَكَ البَيْعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ، ثُمَّ نَهَاهُ عَنِ البَيْعِ نَسِيئَةً، لَمْ يَعْمَلْ نَهْيُهُ)؛ لِأَنَّهُ لَازِمٌ بِأَصْلِهِ، فَكَذَا بِوَصْفِهِ لِمَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا إِذَا عَزَلَهُ المُرْتَهِنُ لَا يَنْعَزِلُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَكِّلْهُ، وَإِنَّمَا وَكَّلَهُ غَيْرُهُ (وَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ لَمْ يَنْعَزِلْ)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ بَطَلَ إِنَّمَا يَبْطُلُ لِحَقِّ الوَرَثَةِ،

فعند الشافعي وأحمد ينعزل؛ لأن الوكالة عقد جائز، فلم يلزم المقام عليها كسائر الوكالات، وكذا لو مات الراهن انفسخت الكتابة عندهما، وكونه من حقوق الرهن لا يمنع جوازه، كما لو شرط الرهن في [٢/٤٥٦/أ] البيع؛ فإنه لا يصير لازما.

ولنا: (لَمَّا شرطت في ضمن عقد الرهن صار)؛ أي: عقد الوكالة (وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه) فيلزم كأصله؛ لأن حكم التبع لا يفارق حكم الأصل، والرهن لازم، فكذا ما هو تبعه.

(ألا ترى أنه)؛ أي: عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة) لأن الرهن شرع للاستيفاء، وبالتوكيل يصير الاستيفاء أوثق، نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط، لكنها إسقاط، والإسقاطات تقبل التعليق، وهذا لأنه كان ممنوعا عن التصرف في هذا العين لحق المالك، فإذا وكله فقد أسقط حقه. بخلاف الرهن في البيع؛ لأنه ما صار حقًّا من حقوق البيع.

(ولأنه تعلق به)؛ أي: بعقد الوكالة (حق المرتهن وفي العزل إتواء حقه).

قوله: (ولو وكله)؛ أي: العدل بالوكالة المشروطة في الرهن (مطلقًا).

(لأنه)؛ أي: عقد الوكالة (لازم بأصله) وهو الرهن (فكذا بوصفه) وهو الإطلاق (لما ذكرنا) وهو أنه صار حقًّا من حقوقه.

قوله: (لِحقِّ الورثة) كما في الوكالة المفردة؛ حيث ينتقل الملك ولا رضى لهم يتبعه، أما هاهنا فلا اعتبار لحق الورثة؛ لأن حق المرتهن مقدم.

وَحَقُّ المُرْتَهِنِ مُقَدَّمٌ. قَالَ: (وَلِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِن الوَرَثَةِ، كَمَا يَبِيعُهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْهُ، وَإِنْ مَاتَ المُرْتَهِنُ، فَالوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ)؛ لِأَنَّ العَقْدَ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِهِمَا وَلَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَيَبْقَى بِحُقُوقِهِ وَأَوْصَافِهِ (وَإِنْ مَاتَ الوَكِيلُ انْتَقَضَتِ الوَكَالَةُ، وَلَا يَقُومُ وَارِثُهُ وَلَا وَصِيُّهُ مَقَامَهُ)؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ لَا يَجْرِي فِيهَا الإِرْثُ، وَلِأَنَّ المُوَكِّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِ لَا بِرَأْيِ غَيْرِهِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: إِنَّ وَصِيَّ الوَكِيلِ يَمْلِكُ بَيْعَهُ؛ لِأَنَّ الوَكَالَةَ لَازِمَةٌ فَيَمْلِكُهُ الوَصِيُّ، كَالمُضَارِبِ إِذَا مَاتَ بَعْدَمَا صَارَ رَأْسُ المَالِ أَعْيَانًا، يَمْلِكُ وَصِيُّ المُضَارِبِ بَيْعَهَا، لِمَا أَنَّهُ لَازِمٌ بَعْدَ مَا صَارَ أَعْيَانًا، قُلْنَا: التَّوْكِيلُ حَقٌّ لَازِمٌ لَكِنْ عَلَيْهِ، وَالإِرْثُ يَجْرِي فِيمَا لَهُ ....

قوله: (لأن العقد)؛ أي: عقد الرهن **(لا يبطل بموتهما، فيبقى بحقوقه وأوصافه)** وهو الوكالة.

قوله: (انتقضت الوكالة) والرهن على حاله؛ لأنه لو كان في يد المرتهن فمات؛ لم يبطل الرهن، فبموت العدل أولى. ولو ارتد العدل ولحق بدار الحرب، وقضى بلحاقه؛ يعود وكيلًا هاهنا. بخلاف الوكالة المفردة على قول أبي يوسف؛ حيث لا يعود وكيلا.

وفرقه: أن الوكالة هاهنا لازمة بعقد الرهن، بخلاف المفردة.

والقياس: ألا تبطل الوكالة بموت العدل للزومه، كما لا يبطل الرهن، لكنه وقع اليأس عن بيعه بالموت الحقيقي، ولم يقع اليأس عن بيعه بالموت الحكمي، فلم يبطل التسليط بموته في الموت الحكمي؛ لبقاء ما شرط فيه. إليه أشار في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (ولا وصية مقامه): في الذخيرة: مات العدل في الرهن، وقد كان وكيلًا بالبيع، فأوصى رجلًا ببيعه؛ لم يجز إلا أن يكون الراهن قال له في أصل الوكالة: وكلتك ببيع الرهن، وأجرت لك ما صنعت فيه، فحينئذ يجوز لوصيه بيعه، ولا يجوز لوصيه أن يوصي إلى ثالث.

قوله: (قلنا: التوكيل حق لازم) وللمضارب ولاية التوكيل في حياته، فجاز

بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّهَا حَقُّ الْمُضَارِبِ (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَبِيعَهُ إِلَّا بِرِضَا الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ وَمَا رَضِيَ بِبَيْعِهِ (وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَبِيعَهُ إِلَّا بِرِضَا الْمُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ أَحَقُّ بِمَالِيَّتِهِ مِن الرَّاهِنِ فَلَا يَقْدِرُ الرَّاهِنُ عَلَى تَسْلِيمِهِ بِالْبَيْعِ. قَالَ: (فَإِنْ حَلَّ الْأَجَلُ، وَأَبَى الْوَكِيلُ الَّذِي فِي يَدِهِ الرَّهْنُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَالرَّاهِنُ غَائِبٌ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِ) لِمَا ذَكَرْنَا مِن الْوَجْهَيْنِ فِي لُزُومِهِ (وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ يُوَكِّلُ غَيْرَهُ بِالْخُصُومَةِ وَغَابَ

أن يقوم وصيه مقامه بعد موته، كالأب في مال الصغير، والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته، فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته، والوكالة حق على التوكيل، فلا تورث عنه؛ لما أن الوراثة إنما تجري فيما له، لا فيما عليه، فوجب القول ببطلانها.

(**بخلاف المضاربة**)؛ لأنها حق للمضارب.

قوله: (**وما رضي**)؛ أي: الراهن (**ببيعه**)؛ أي: ببيع المرتهن، بل رضي ببيع الوكيل.

قوله: (**أجبر على بيعه**): ثم العدل في بيع الرهن بعد حلول الأجل؛ لا يحتاج إلى إذن جديد من الراهن.

وقال الشافعي في الأصح، وأحمد في المنصوص: فإذا طلب المرتهن البيع والراهن غائب؛ أجبر على بيعه.

وتفسير الجبر: أن يحبس أياما حتى يبيع، فإن لجَّ بعد حبس الإمام؛ يجبر الراهن على البيع إذا كان حاضرًا، فلو أبى الراهن البيع في الزيادات القاضي يبيعه.

قيل: هذا قولهما، لا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ بناء على بيع مال المديون إذا لم يكن مرهونا.

وقيل: قول الكل؛ لأن بيع المرهون صار مستحقًّا للمرتهن إيفاء لحقه، ولا كذلك سائر أمواله. كذا في الذخيرة.

قوله: (**لما ذكرنا من الوجهين**) أحدهما: أنه وصف من أوصافه. والآخر: أن فيه إتواء الحق؛ لما أن المدعي إنما خلى سبيل الخصم؛ اعتمادًا على أن

الْمُوَكِّلُ، فَأَبَى أَنْ يُخَاصِمَ، أُجْبِرَ عَلَى الْخُصُومَةِ) لِلْوَجْهِ الثَّانِي، وَهُوَ أَنَّ فِيهِ إِتْوَاءَ الْحَقِّ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ يَبِيعُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَتْوِي حَقُّهُ، أَمَّا الْمُدَّعِي لَا يَقْدِرُ عَلَى الدَّعْوَى وَالْمُرْتَهِنُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنِ التَّوْكِيلُ مَشْرُوطًا فِي عَقْدِ الرَّهْنِ وَإِنَّمَا شُرِطَ بَعْدَهُ، قِيلَ: لَا يُجْبَرُ اعْتِبَارًا بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَقِيلَ: يُجْبَرُ رُجُوعًا إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي، وَهَذَا أَصَحُّ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: أَنَّ الْجَوَابَ فِي الْفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، وَيُؤَيِّدُهُ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَفِي الْأَصْلِ. (وَإِذَا بَاعَ الْعَدْلُ الرَّهْنَ، فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ، وَالثَّمَنُ قَائِمٌ مَقَامَهُ فَكَانَ رَهْنًا، وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ

وكيله يخاصمه، فلا يكون للوكيل أن يمتنع فيه، ويلحق الضرر بالمدعي؛ لأن فيه إبطال حقه.

بخلاف الوكيل بالبيع؛ فإنه لا يجبر على البيع لو امتنع؛ لأنه لا يتضرر به المرتهن؛ لأن الموكل وهو الراهن بنفسه لا يتوى حقه، هذا إذا كان التسليط على البيع مشروطا في عقد الرهن، وشرط بعد تمام عقد الرهن.

ذكر شمس الأئمة: في ظاهر الرواية: لا يجبر العدل على البيع؛ لأن رضى المرتهن بالرهن قد تم بدون البيع، وهو توكيل مستأنف.

قوله: (اعتبارا بالوجه الأول) وهو أن المرتهن لا يتضرر بامتناعه.

قوله: (ويؤيده: إطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الأصل) حيث قال فيهما: وإذا أبى الوكيل عن البيع يجبر، من غير فصل بين أن يكون مشروطا في العقد أو لا.

قال شيخ [٢/٤٥٦/ب] الإسلام، وفخر الإسلام، وقاضي خان: هذه الرواية أصح؛ لأن المشروط بعد العقد يلتحق بأصل العقد، ويصير كالمشروط فيه.

ولأن العلة الأولى إن لم توجد؛ فالثانية قد وجدت، وجاز أن يكون معلولا بكل واحدة من العلتين.

وقال الشافعي، وأحمد: لا يجبر الوكيل على البيع، وإن كان في ضمن الرهن؛ لما ذكرنا أن عندهما غير لازم.

بَعْدُ) لِقِيَامِهِ مَقَامَ مَا كَانَ مَقْبُوضًا، وَإِذَا تَوَى كَانَ مَالَ الْمُرْتَهِنِ لِبَقَاءِ عَقْدِ الرَّهْنِ فِي الثَّمَنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمَبِيعِ الْمَرْهُونِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قُتِلَ الْعَبْدُ الرَّهْنُ وَغَرِمَ الْقَاتِلُ قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَا يَسْتَحِقُّهُ مِن حَيْثُ الْمَالِيَّةُ، وَإِنْ كَانَ بَدَلَ الدَّمِ فَأَخَذَ حُكْمَ ضَمَانِ الْمَالِ فِي حَقِّ الْمُسْتَحِقِّ فَبَقِيَ عَقْدُ الرَّهْنِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَتَلَهُ عَبْدٌ فَدُفِعَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا. قَالَ: (وَإِنْ بَاعَ الْعَدْلُ الرَّهْنَ فَأَوْفَى الْمُرْتَهِنُ الثَّمَنَ، ثُمَّ اُسْتُحِقَّ الرَّهْنُ فَضَمِنَهُ الْعَدْلُ كَانَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ

قوله: (كان مال المرتهن) بنصب مال على أنه خبر، كان تقديره: كان الثمنُ التاوي مالَ المرتهن، وبه قال مالك.

وقال الشافعي، وأحمد: من ضمان الراهن، فالعدل أمين بالاتفاق، فلا ضمان عليه.

وقال مالك: لا ضمان على العدل، ولكن المشتري يرجع على المرتهن، ويعود دينه في ذمة الراهن كما كان.

وجه قولهما: أنه وكيل الراهن في البيع وقبض الثمن، وكان أمينه، فإذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الأمناء.

ولنا: أن البيع لأجله، وكان الثمن رهنًا مقامه، فيكون مضمونًا على المرتهن كالرهن.

قوله: (وغرم القاتل قيمته) يبقى عند الرهن، وقيمته رهنا مكانه، فلو هلك؛ هلك من [المرتهن][1]. وعند الشافعي، وأحمد: من الراهن.

قوله: (لأن المالك لا يستحقه من حيث المالية)؛ يعني: أن الضمان وإن كان مقابلا بالدم حتى لم يزد على دية الحر، ولكن المولى استحق هذا الضمان بسبب المالية، فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المالك، فيبقى عقد الرهن. كذا في الإيضاح.

قوله: (وضمنه العدل)؛ إذ ضمان عهدة الاستحقاق على العدل، كما في الوكيل.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ الثَّمَنَ الَّذِي أَعْطَاهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ غَيْرَهُ) وَكَشْفُ هَذَا: أَنَّ الْمَرْهُونَ الْمَبِيعَ إِذَا اسْتُحِقَّ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ هَالِكًا أَوْ قَائِمًا، فَفِي الْوَجْهِ الأَوَّلِ: الْمُسْتَحِقُّ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْعَدْلَ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ، فَإِنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ نَفَذَ الْبَيْعُ وَصَحَّ الِاقْتِضَاءُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِبَيْعِ مِلْكِ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْبَائِعَ يَنْفُذُ الْبَيْعُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِذَا ضَمَّنَ الْعَدْلَ، فَالْعَدْلُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالْقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِن جِهَتِهِ عَامِلٌ لَهُ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ الْعُهْدَةِ، وَنَفَذَ الْبَيْعُ، وَصَحَّ الِاقْتِضَاءُ، فَلَا يَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِن دَيْنِهِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ أَخَذَ الثَّمَنَ بِغَيْرِ حَقٍّ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْعَبْدَ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَنَفَذَ بَيْعُهُ عَلَيْهِ فَصَارَ الثَّمَنُ لَهُ، وَإِنَّمَا أَدَّاهُ إِلَيْهِ عَلَى حُسْبَانِ أَنَّهُ مِلْكُ الرَّاهِنِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مِلْكُهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِهِ، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ، وَإِذَا رَجَعَ بَطَلَ الِاقْتِضَاءُ، فَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ

وعند الشافعي، وأحمد: على الراهن؛ لأن العدل وكيله، فيكون الضمان على الموكل، كما في الوكالة، وقد مر في الوكالة.

قوله: (وليس له)؛ أي: للعدل (أن يضمنه)؛ أي: المرتهن (غيره)؛ أي: غير الثمن.

قوله: (وصح الاقتضاء)؛ أي: قبض المرتهن واستيفاؤه الثمن بدينه.

قوله: (وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضًا لأنه)؛ أي: العدل (ملكه بأداء الضمان).

قوله: (لأنه تبين أنه)؛ أي: العدل (ملكه لم يكن راضيا به)؛ أي: لم يكن العدل راضيا بأداء الثمن إلى المرتهن (فله)؛ أي: للعدل (أن يرجع به)؛ أي: بالثمن (عليه)؛ أي: على المرتهن (وإذا رجع بطل الاقتضاء)؛ أي: قبض المرتهن الثمن.

(وإنما أداه)؛ أي: أدى المشتري الثمن إلى العدل.

بِدَيْنِهِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي: وَهُوَ أَنْ يَكُونَ قَائِمًا فِي يَدِ المُشْتَرِي، فَلِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ يَأْخُذَهُ مِن يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ، ثُمَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ عَلَى العَدْلِ بِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ العَاقِدُ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقُ العَقْدِ، وَهَذَا مِن حُقُوقِهِ، حَيْثُ وَجَبَ بِالبَيْعِ، وَإِنَّمَا أَدَّاهُ لِيُسَلِّمَ لَهُ المَبِيعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ، ثُمَّ العَدْلُ بِالخِيَارِ: إِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِالقِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَدْخَلَهُ فِي هَذِهِ العُهْدَةِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ تَخْلِيصُهُ، وَإِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ صَحَّ قَبْضُ المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ المَقْبُوضَ سُلِّمَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْتَقَضَ العَقْدُ بَطَلَ الثَّمَنُ، وَقَدْ قَبَضَهُ ثَمَنًا فَيَجِبُ نَقْضُ قَبْضِهِ ضَرُورَةً، وَإِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ وَانْتُقِضَ قَبْضُهُ، عَادَ حَقُّهُ فِي الدَّيْنِ كَمَا كَانَ، فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ وَلَوْ أَنَّ المُشْتَرِيَ سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَى المُرْتَهِنِ: لَمْ يَرْجِعْ عَلَى العَدْلِ؛ لِأَنَّهُ فِي البَيْعِ عَامِلٌ لِلرَّاهِنِ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا قَبَضَ، وَلَمْ يَقْبِضْ فَبَقِيَ الضَّمَانُ عَلَى المُوَكِّلِ، وَلَوْ كَانَ التَّوْكِيلُ بَعْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ غَيْرَ مَشْرُوطٍ فِي العَقْدِ، فَمَا لَحِقَ العَدْلَ مِن العُهْدَةِ

(ليسلم له المبيع).

قوله: (رجع على الراهن بالقيمة)؛ أي: بالثمن.

قوله: (لأن المقبوض سلم)؛ أي: الثمن المقبوض[1] من العدل سلم (له)؛ أي: للمرتهن (وإن شاء)؛ أي: إن شاء العدل (رجع على المرتهن).

قوله: (فيرجع به)؛ أي: يرجع المرتهن بحقه وهو الدين (على الراهن).

قوله: (فبقي الضمان على الموكِّل): المراد بالموكِّل: المرتهن. وسماه موكِّلًا؛ لأن البيع وقع لأجله، وبالضمان الثمن. أو المراد بالموكِّل: الراهن، وبالضمان الدين.

وفي الإيضاح، وفتاوى قاضي خان: ولو أن العدل باع الرهن ولم يسلم الثمن إلى المرتهن، فاستحق العبد، أو رد بعيب بقضاء؛ فالعدل لا يرجع على المرتهن. فعلم بهذا أن التعليل الذي ذكره في الكتاب؛ تعليل ما إذا لم يسلم العدل الثمن إلى المرتهن.

---

(١) في الأصل: (المقبول) والمثبت من النسخة الثانية.

يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّاهِنِ، قَبَضَ الثَّمَنَ الْمُرْتَهِنُ أَمْ لَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَذَا التَّوْكِيلِ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فَلَا رُجُوعَ، كَمَا فِي الْوَكَالَةِ الْمُفْرَدَةِ عَنِ الرَّهْنِ إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى مَنْ أَمَرَهُ الْمُوَكِّلُ، ثُمَّ لَحِقَهُ عُهْدَةٌ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُقْتَضِي، بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ الْمَشْرُوطَةِ فِي الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فَيَكُونُ الْبَيْعُ لِحَقِّهِ. قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ، وَهَذَا يُؤَيِّدُ قَوْلَ مَنْ لَا يَرَى جَبْرَ هَذَا الْوَكِيلِ عَلَى الْبَيْعِ. قَالَ: (وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ، ثُمَّ اسْتَحَقَّهُ رَجُلٌ، فَلَهُ الْخِيَارُ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ)؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَعَدٍّ فِي حَقِّهِ بِالتَّسْلِيمِ أَوْ بِالْقَبْضِ (فَإِنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ فَقَدْ مَاتَ بِالدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَصَحَّ الْإِيفَاءُ (وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ، يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا ضَمِنَ مِنَ الْقِيمَةِ وَبِدَيْنِهِ) أَمَّا بِالْقِيمَةِ فَلِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَةِ الرَّاهِنِ، وَأَمَّا بِالدَّيْنِ فَلِأَنَّهُ انْتَقَضَ اقْتِضَاؤُهُ، فَيَعُودُ

قوله: (**لا يرجع به على المقتضي**)؛ أي: على القابض.

قوله: (**فيكون البيعُ لِحَقِّهِ**)؛ أي: لِحَقِّ المرتَهِن، فإذا كان البيع لحقه وسلم له ذلك؛ جاز أن يلزمه الضمان.

قوله: (**جبر هذا الوكيل**)؛ أي: الوكيل الذي لم تكن وكالته وشروطه في العقد، حيث فرق بين الوكالتين.

قوله: (**متعد في حقه**)؛ أي: في حق المستحق (**بالتسليم**)؛ أي: الراهن بتسليم الرهن (**أو القبض**)؛ أي: المرتهن بقبض الرهن.

وفي المبسوط: [صار][١] المرتهن غاصب الغاصب في حق المستحق، فله أن يضمن أيهما شاء[٢].

قوله: (**فقد مات بالدين**)؛ أي: سقط الدين أيضًا.

قوله: (**لأنه مغرور من جهة الراهن**) والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان، كما يرجع المستأجر على الآجِر، والمودَع على المودِع. كذا في

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٧٤).

حَقُّهُ كَمَا كَانَ، فَإِنْ قِيلَ: لَمَّا كَانَ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّاهِنِ بِرُجُوعِ الْمُرْتَهِنِ عَلَيْهِ، وَالمِلْكُ فِي المَضْمُونِ يَثْبُتُ لِمَنْ عَلَيْهِ قَرَارُ الضَّمَانِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا ضَمَّنَ الْمُسْتَحِقُّ الرَّاهِنَ ابْتِدَاءً، قُلْنَا: هَذَا طَعْنُ أَبِي خَازِمٍ القَاضِي، وَالجَوَابُ عَنْهُ: أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِسَبَبِ الغُرُورِ، وَالغُرُورُ بِالتَّسْلِيمِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ بِالِانْتِقَالِ مِن المُرْتَهِنِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ وَكِيلٌ عَنْهُ، وَالمِلْكُ بِكُلِّ ذَلِكَ مُتَأَخِّرٌ عَنْ عَقْدِ الرَّهْنِ، بِخِلَافِ الوَجْهِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ يَضْمَنُهُ بِاعْتِبَارِ القَبْضِ السَّابِقِ عَلَى الرَّهْنِ، فَيَسْتَنِدُ المِلْكُ إِلَيْهِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَقَدْ طَوَّلْنَا الكَلَامَ فِي «كِفَايَةِ المُنْتَهِي».

المبسوط[1].

أبو خازم القاضي - بالخاء المعجمة -: هو عبد الحميد بن عبد العزيز، قاضي بغداد. كذا في المغرب[2].

قوله: (**أو بالانتقال من المرتهن إليه**)؛ أي: إلى الراهن، والمرتهن يملكه من وقت القبض؛ لأنه بالقبض صار قاضيا، فيملكه الراهن بعده من جهته، فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن.

(**بخلاف الوجه الأول**) وهو ما إذا ضمن المستحق الراهن، وهذا بخلاف المضاربة، حيث لو ظهر مستحق لرأس المال بعد الهلاك، وضمن رب المال؛ نفذت المضاربة، ولا إشكال فيه. وكذا لو ضمن المضارب بعد عقد المضاربة [٢/٤٥٧/أ] كما في الرهن؛ لأن عقد المضاربة عقد غير لازم، وما لا لزوم له يعطى لدوامه حكم التجدد، وإذا صار للمضاربة حكم التجدد، والعقد على الاستعمال بالتسليم، والملك الثابت للراهن على وقت التسليم، فلا ينفذ به العقد السابق. كذا في جامع أبي المعين.

قوله: (**وقد طولنا الكلام فيه**) إلى آخره: في النهاية: يحتمل أن يكون من الذي طول الكلام فيه: ما لو كان الرهن عبدًا فأبق، وضمّن المستحق المرتهن قيمته، ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة بحكم الغرور وبالدين، ثم ظهر

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٧٤).
(٢) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ١٤٤).

بَابُ التَّصَرُّفِ في الرَّهْنِ وَالجِنَايَةِ عليهِ وَجِنَايَتِهِ على غَيْرِهِ

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ، فَالبَيْعُ مَوْقُوفٌ) لِتَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ بِهِ، وَهُوَ المُرْتَهِنُ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكِهِ، كَمَنْ أَوْصَى بِجَمِيعِ مَالِهِ، تَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الوَرَثَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ (فَإِنْ أَجَازَ المُرْتَهِنُ جَازَ)؛ لِأَنَّ التَّوَقُّفَ لِحَقِّهِ وَقَدْ رَضِيَ بِسُقُوطِهِ (وَإِنْ قَضَاهُ الرَّاهِنُ دَيْنَهُ جَازَ أَيْضًا)؛ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِنَ النُّفُوذِ، وَالمُقْتَضِي مَوْجُودٌ وَهُوَ التَّصَرُّفُ الصَّادِرُ مِنَ الأَهْلِ فِي المَحَلِّ (وَإِذَا نَفَذَ البَيْعُ بِإِجَازَةِ المُرْتَهِنِ، ....

العبد بعد ذلك؛ فهو للراهن؛ لأن الضمان استقر عليه، ولا يكون رهنا؛ لأنه قد استحق وبطل الرهن.

وهذا إشارة إلى ما قلنا؛ إذ الملك للراهن إنما يقع فيه من وقت التسليم بحكم الرهن، وعقد الرهن كان سابقًا على ذلك، فلهذا بطل الرهن بالاستحقاق. كذا في المبسوط[(١)].

بَابُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ وَجِنَايَتِهِ عَلَى غَيْرِهِ

لما ذكر الرهن وأحكامه؛ شرع فيما يعترض عليه؛ إذ عارضه بعد وجوده.

قوله: (فالبيع موقوف): سواء لم يعلم المرتهن بالبيع أو علم، ولم يأذن.

في المبسوط: لم يجز البيع. وقال في موضع: بيع المرهون فاسد. وقال في موضع: جائز. والصحيح: أنه موقوف.

[وتأويل قوله: فاسد؛ أي: يفسده القاضي إذا خوصم فيه إليه][(٢)].

وتأويل قوله: جائز؛ أي: إذا أجازه المرتهن وسلمه إليه، وإذا فسخه المرتهن؛ ففيه روايتان كما ذكر في الكتاب.

وعند الأئمة الثلاثة: البيع باطل؛ لأنه تصرف يبطل حق المرتهن، ولو أجازه المرتهن؛ جاز بلا خلاف.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٧٤).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

يَنْتَقِلُ حَقُّهُ إِلَى بَدَلِهِ، هُوَ الصَّحِيحُ)؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِالمَالِيَّةِ، وَالبَدَلُ لَهُ حُكْمُ المُبْدَلِ، فَصَارَ كَالعَبْدِ المَدْيُونِ المَأْذُونِ إِذَا بِيعَ بِرِضَا الغُرَمَاءِ، يَنْتَقِلُ حَقُّهُمْ إِلَى البَدَلِ؛ لِأَنَّهُمْ رَضُوا بِالِانْتِقَالِ دُونَ السُّقُوطِ رَأْسًا فَكَذَا هَذَا (وَإِنْ لَمْ يُجِزِ المُرْتَهِنُ البَيْعَ، وَفَسَخَهُ، انْفَسَخَ فِي رِوَايَةٍ، حَتَّى لَوْ افْتَكَّ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ، لَا سَبِيلَ لِلْمُشْتَرِي عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ بِمَنْزِلَةِ المِلْكِ، فَصَارَ كَالمَالِكِ لَهُ أَنْ يُجِيزَ وَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ (وَفِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ: لَا يَنْفَسِخُ بِفَسْخِهِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ حَقُّ الفَسْخِ لَهُ، إِنَّمَا يُثْبِتُ ضَرُورَةَ صِيَانَةِ حَقِّهِ، وَحَقُّهُ فِي الحَبْسِ لَا يَبْطُلُ بِانْعِقَادِ هَذَا العَقْدِ، فَبَقِيَ مَوْقُوفًا،

قوله: (ينتقل حقه)؛ أي: حق المرتهن (إلى بدله) وهو الثمن الصحيح.

واحترز به عما روي عن أبي يوسف: لو شرط المرتهن عند الإجارة أن يكون الثمن رهنا؛ يصير الثمن رهنا، وإلّا لا. وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن بإجازته ينعقد البيع، ويصير الثمن ملكا للراهن، وأنه مال آخر ملكه بسبب جديد، فلا يصير رهنا بغير شرط.

وجه ظاهر الرواية: أن المرتهن لما أجاز البيع ونفذ؛ تحول حقه من العين إلى ثمنه؛ لأن الثمن قام مقامه، سواء شرط أو لا.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن من تصرف في عين مملوك، وقد تعلق به حق الغرماء، وأجاز صاحب الحق تصرفه، هل يتعلق حقه ببدله؟

فإن كان ما وجب من البدل عما تعلق به حقه يتعلق بالبدل، وإلّا لا، كالمستأجر إذا أجاز بيع الآجر؛ لا يتعلق حقه بالثمن، وكذا لو أجره المرهون بإجازة المرتهن؛ لا يتعلق حقه بالأجرة؛ لأنها بدل المنفعة، وحق المرتهن يتعلق ببدل العين لا ببدل منفعته؛ لأنها غير مرهونة. كذا في الذخيرة.

قوله: (فبقي موقوفا).

في المبسوط: لا حق للمرتهن في هذا العقد، ولا ضرر [له][1] في انعقاده، فليس له ولاية الفسخ.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

فَإِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي صَبَرَ حَتَّى يَفْتَكَّ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ؛ إذ العَجْزُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ، وَإِنْ شَاءَ رَفَعَ الأَمْرَ إِلَى القَاضِي، وَلِلْقَاضِي أَنْ يَفْسَخَ لِفَوَاتِ القُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَوِلَايَةُ الفَسْخِ إِلَى القَاضِي لَا إِلَيْهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَبَقَ العَبْدُ المُشْتَرَى قَبْلَ القَبْضِ، فَإِنَّهُ يَتَخَيَّرُ المُشْتَرِي لِمَا ذَكَرْنَا كَذَلِكَ هَذَا (وَلَوْ بَاعَهُ الرَّاهِنُ مِن رَجُلٍ، ثُمَّ بَاعَهُ بَيْعًا ثَانِيًا مِن غَيْرِهِ قَبْلَ أَنْ يُجِيزَهُ المُرْتَهِنُ: فَالثَّانِي مَوْقُوفٌ أَيْضًا عَلَى إِجَازَتِهِ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ لَمْ يَنْفُذْ، وَالمَوْقُوفُ لَا يَمْنَعُ تَوَقُّفَ الثَّانِي، فَلَوْ أَجَازَ المُرْتَهِنُ البَيْعَ الثَّانِي: جَازَ الثَّانِي (وَلَوْ بَاعَ الرَّاهِنُ ثُمَّ أَجَّرَ، أَوْ وَهَبَ، أَوْ رَهَنَ مِن غَيْرِهِ، وَأَجَازَ المُرْتَهِنُ هَذِهِ العُقُودَ، جَازَ البَيْعُ الأَوَّلُ) وَالفَرْقُ: أَنَّ المُرْتَهِنَ ذُو حَظٍّ مِن البَيْعِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِبَدَلِهِ، فَيَصِحُّ تَعْيِينُهُ لِتَعَلُّقِ فَائِدَتِهِ بِهِ، أَمَّا لَا حَقَّ لَهُ فِي هَذِهِ العُقُودِ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَلَ فِي الهِبَةِ وَالرَّهْنِ، وَالَّذِي فِي الإِجَارَةِ بَدَلُ المَنْفَعَةِ لَا بَدَلُ العَيْنِ، وَحَقُّهُ فِي مَالِيَّةِ العَيْنِ لَا فِي المَنْفَعَةِ، فَكَانَتْ إِجَازَتُهُ إِسْقَاطًا لِحَقِّهِ، فَزَالَ المَانِعُ فَنَفَذَ البَيْعُ الأَوَّلُ، فَوَضَحَ الفَرْقُ. قَالَ: (وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَ الرَّهْنِ: نَفَذَ عِتْقُهُ) وَفِي بَعْضِ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ: لَا يَنْفُذُ إِذَا كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّ فِي تَنْفِيذِهِ إِبْطَالَ حَقِّ المُرْتَهِنِ

قوله: (وللقاضي أن يفسخ)؛ أي: البيع، فإنه لو خوصم وعجز البائع عن تسليمه؛ فإنه يفسخ لقطع المنازعة.

قوله: (لا إليه)؛ أي: لا إلى المرتهن؛ لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة، وقطع المنازعة للقاضي لا للمرتهن. كذا في المبسوط[1].

قوله: (هذه العقود)؛ وهي الإجارة، والرهن، والهبة في البيع.

قوله: (ينفذ عتقه) وبه قال أحمد، والشافعي [في][2] قول، والشريك، والحسن بن صالح.

وقال الشافعي في الأصح: إن كان الراهن موسرا نفذ، وإن كان معسرا لا ينفذ، وبه قال مالك، وأحمد في رواية؛ لأنه عتق يبطل حق غير المالك، فينفذ

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٣/ ١١).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُوسِرًا، حَيْثُ يَنْفُذُ عَلَى بَعْضِ أَقْوَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ مَعْنًى بِالتَّضْمِينِ، وَبِخِلَافِ إِعْتَاقِ الْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَبْقَى مُدَّتُهَا؛ إِذِ الْحُرُّ يَقْبَلُهَا، أَمَّا مَا لَا يَقْبَلُ الرَّهْنَ فَلَا يَبْقَى. وَلَنَا: أَنَّهُ مُخَاطَبٌ أَعْتَقَ مِلْكَ نَفْسِهِ، فَلَا يَلْغُو بِصَرْفِهِ بِعَدَمِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ الْعَبْدُ الْمُشْتَرَى قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ أَعْتَقَ الْآبِقَ أَوْ الْمَغْصُوبَ، وَلَا خَفَاءَ فِي قِيَامِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ لِقِيَامِ الْمُقْتَضِي، وَعَارِضُ الرَّهْنِ لَا يُنْبِئُ عَنْ زَوَالِهِ، ثُمَّ إِذَا زَالَ مِلْكُهُ فِي الرَّقَبَةِ بِإِعْتَاقِهِ، يَزُولُ مِلْكُ الْمُرْتَهِنِ فِي الْيَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ كَإِعْتَاقِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ، بَلْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ أَقْوَى مِن مِلْكِ الْيَدِ، فَلَمَّا لَمْ يُمْنَعِ الْأَعْلَى لَا يُمْنَعُ الْأَدْنَى بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى، ....

في الموسر دون المعسر، كعتق نصيب له في عبد غير مشترك.

وقال الشافعي في قول: لا ينفذ عتقه، موسرًا كان أو معسرًا، وبه قال أبو ثور، وعطاء، والبتّي؛ لأنه يبطل حق الوثيقة من الذهب، فلم ينفذ كالبيع.

(ولنا: أنه)؛ أي: الراهن (مخاطب)؛ أي: صحيح العقل غير مجنون، ولا صبي (أعتق ملك نفسه) فينفذ، كما لو أعتق عبده المستأجر، وكذا لو أعتق المُشْتَرى قبل القبض، (أو أعتق الآبق أو المغصوب).

قوله: (بالطريق الأولى) مع أن حق المرتهن يبطل ضرورة ببطلان ملك الرقبة، لا أن يبطل أصلا بالإعتاق، كما لو أعتق عبدا أجره؛ يصح وتبطل الإجارة ضمنا. كذا في الأسرار.

فإن قيل: في تنفيذه إبطال لحق المرتهن، فلا ينفذ كالبيع، بل أولى؛ لأن البيع أسرع نفوذا من العتق، حتى ينفذ البيع من المكاتب دون إعتاقه، فإذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن؛ فلأن لا ينفذ إعتاقه أولى.

قلنا: البيع يستدعي الملك والقدرة على [٢/ ٤٥٧/ب] التسليم، ولهذا لا ينفذ بيع الآبق وهو غير قادر على تسليمه لحق المرتهن. ولأن للراهن حقيقة الملك، وللمرتهن حقه، فقضية الحقيقة تستدعي النفاذ، وقضية الحق تستدعي عدم النفاذ، فرجحنا جانب الحقيقة على الحق؛ لأنها أقوى.

يوضحه: أن نفوذ البيع يقتضي تمام الرضى، ولهذا لا ينفذ مع الخيار

وَامْتِنَاعُ النَّفَاذِ فِي البَيْعِ وَالهِبَةِ لِانْعِدَامِ القُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَإِعْتَاقُ الوَارِثِ العَبْدَ المُوصَى بِرَقَبَتِهِ لَا يَلْغُو، بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَى أَدَاءِ السِّعَايَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِذَا نَفَذَ الإِعْتَاقُ بَطَلَ الرَّهْنُ لِفَوَاتِ مَحَلِّهِ (ثُمَّ) بَعْدَ ذَلِكَ (إِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا، وَالدَّيْنُ حَالًّا: طُولِبَ بِأَدَاءِ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ طُولِبَ بِأَدَاءِ القِيمَةِ تَقَعُ المُقَاصَّةُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ، فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ (وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا أُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَةُ العَبْدِ، وَجُعِلَتْ رَهْنًا مَكَانَهُ حَتَّى يَحِلَّ الدَّيْنُ)؛ لِأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ مُتَحَقِّقٌ، وَفِي التَّضْمِينِ فَائِدَةٌ، فَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ اقْتَضَاهُ بِحَقِّهِ إِذَا كَانَ مِن جِنْسِ حَقِّهِ وَرَدَّ الفَضْلَ (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا، سَعَى العَبْدُ فِي

والكره والهزل، أما العتق ينفذ بها، فإذا كان عدم الرضى من صاحب الملك لا يمنع نفاذ الإعتاق؛ فمن صاحب الحق أولى ألا يمنع.

قوله: (وإعتاق الوارث العبد الموصى) إلى آخره: جواب عما تمسك به الخصم في بعض المواضع: أنه يلغو إعتاقه مع أنه ملكه؛ لأن ذلك متصور فيما لم يخرج من الثلث.

قلنا: لا يلغو، بل هو مؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله.

وذكر في المبسوط: مكان هذا إعتاق المريض، فقال: إعتاق المريض عندنا لا يلغو؛ لقيام حق الغرماء، ولكنه يخرج إلى الحرية، فهاهنا أيضًا ينبغي ألا يلغو، إلا أن هناك هو بمنزلة المكاتب ما دام يسعى، وهاهنا يكون حرًّا وإن لزمته السعاية عند إعتاق الراهن؛ لأن العتق في المرض وصية، والوصية تتأخر عن الدين، إلا أن العتق لا يمكن رده، فتجب عليه السعاية في قيمته لرد الوصية[1].

قوله: (وإن كان معسرا): في الذخيرة: للمرتهن أن يستسعي العبد، وينظر في ذلك إلى قيمة العبد يوم العتق، وإلى قيمته يوم الرهن، وإلى الدين، فيستسعي في أقلها، ثم يرجع العبد على الراهن إذا أيسر، ويرجع المرتهن على الراهن ببقية الدين إن فضل الدين على السعاية.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٣٧).

قِيمَتِهِ، وَقَضَى بِهِ الدَّيْنَ، إِلَّا إِذَا كَانَ بِخِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الوُصُولُ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ مِن جِهَةِ المُعْتَقِ يَرْجِعُ إِلَى مَنْ يَنْتَفِعُ بِعِتْقِهِ وَهُوَ العَبْدُ؛ لِأَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ. قَالَ ﷺ: وَتَأْوِيلُهُ: إِذَا كَانَتْ القِيمَةُ أَقَلَّ مِن الدَّيْنِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ أَقَلَّ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (ثُمَّ يَرْجِعُ بِمَا سَعَى عَلَى مَوْلَاهُ إِذَا أَيْسَرَ)؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ وَهُوَ مُضْطَرٌّ فِيهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا تَحَمَّلَ عَنْهُ، بِخِلَافِ المُسْتَسْعَى فِي الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي ضَمَانًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْعَى لِتَحْصِيلِ العِتْقِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا لِتَكْمِيلِهِ، وَهُنَا يَسْعَى فِي ضَمَانٍ عَلَى غَيْرِهِ بَعْدَ تَمَامِ إِعْتَاقِهِ فَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ، ثُمَّ أَبُو حَنِيفَةَ أَوْجَبَ السِّعَايَةَ فِي المُسْتَسْعَى المُشْتَرَكِ فِي حَالَتَيْ اليَسَارِ وَالإِعْسَارِ، وَفِي العَبْدِ المَرْهُونِ شَرَطَ الإِعْسَارَ؛ لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ المِلْكِ وَأَنَّهُ أَدْنَى مِن حَقِيقَتِهِ الثَّابِتَةِ لِلشَّرِيكِ السَّاكِتِ فَوَجَبَ السِّعَايَةُ هُنَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، إِظْهَارًا لِنُقْصَانِ رُتْبَتِهِ، ....

قوله: (إلا إذا كان بخلاف جنس حقه)؛ يعني: ما حصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرتهن؛ لا يقضى به الدين، بل يضارب إلى جنس حقه، ويقضى به دينه.

قوله: (نذكره إن شاء الله تعالى)؛ أي: في مسألة استيلاد الأمة المرهونة.

قوله: (لتحصيل العتق عنده)؛ أي: عند أبي حنيفة.

وقيل: لأن العبد بما يسعى يتملك نصيب الساكت عوض ما أدَّى، فلا يرجع على أحد، حتى لا يستحق عوضين بإزاء مال واحد.

وعندهما: الكل وإن عتق؛ لعدم تجزؤ العتق، إلا أن الثابت للمعتق ملك لا قرار له، فإنه كما ملك يزول العبد عن ملكه، وما لا قرار له يعتبر ثابتا من وجه دون وجه، فيعتبر الملك ثابتا للمعتق في حق نفاذ العتق، فأما فيما عداه لا يعتبر ثابتًا، بل يعتبر ثابتًا للساكت، ومنتقلا إلى العبد فيما وراء نفاذ العتق، فأما هاهنا ليس للمرتهن ملك، إنما له مجرد حق، وما له من الحق لم يصر للعبد؛ لأنه مما لا يقبل النقل من ملك إلى ملك بالضمان، وإذا لم يصر ما للمرتهن من الحق للعبد؛ لم يجعل له عوض بإزاء ما أدى، فكان له الرجوع بما أدى على الراهن، كالوارث إذا أدى دين الميت من ماله. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (في حالة واحدة) وهي حالة الإعسار (إظهارًا لنقصان رتبته)؛ أي:

بِخِلَافِ الْمُشْتَرَى قَبْلَ القَبْضِ إِذَا أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي، حَيْثُ لَا يَسْعَى لِلْبَائِعِ إِلَّا رِوَايَةً عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَالْمَرْهُونُ يَسْعَى؛ لِأَنَّ حَقَّ البَائِعِ فِي الحَبْسِ أَضْعَفُ؛ لِأَنَّ البَائِعَ لَا يَمْلِكُهُ فِي الآخِرَةِ وَلَا يُسْتَوْفَى مِن عَيْنِهِ، وَكَذٰلِكَ يَبْطُلُ حَقُّهُ فِي الحَبْسِ بِالإِعَارَةِ مِن المُشْتَرِي، وَالمُرْتَهِنُ يَنْقَلِبُ حَقُّهُ مِلْكًا، وَلَا يَبْطُلُ حَقُّهُ بِالإِعَارَةِ مِن الرَّاهِنِ حَتَّى يُمْكِنَهُ الِاسْتِرْدَادُ، فَلَوْ أَوْجَبْنَا السِّعَايَةَ فِيهِمَا لَسَوَّيْنَا بَيْنَ الحَقَّيْنِ، وَذٰلِكَ لَا يَجُوزُ (وَلَوْ أَقَرَّ المَوْلَى بِرَهْنِ عَبْدِهِ بِأَنْ قَالَ لَهُ: رَهَنْتُكَ عِنْدَ فُلَانٍ، وَكَذَّبَهُ العَبْدُ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ،

رتبة حق المرتهن عن رتبة حق الشريك الساكت؛ لأن له حقيقة الملك في العبد، وللمرتهن حق، وهذا كما قلنا أن الراهن إذا كان معسرا؛ يسعى العبد ويرجع، ولو سعى العبد المشترك لا يرجع؛ ليظهر الملك على الحق. إليه أشار في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: **(إلا رواية عن أبي يوسف)** حيث يقول: يسعى في قيمته للبائع، ثم يرجع بها على المشتري إذا أيسر، كالمرهون إذا أعتقه الراهن؛ لأنه محبوس عن البائع بحق دينه.

وجه ظاهر الرواية: أن حق البائع في الحبس ضعيف، حتى يبطل حقه في الإعارة من المشتري، ولا يملكه في الآخرة، ولم يتعلق الاستيفاء بهذا المحل، وإنما يثبت له حق الحبس؛ ليستوفي [من][1] محل آخر، وحق المرتهن قوي، حتى لا يبطل بالإعارة من الواهب، ويمكنه من الاسترداد، وله يد الاستيفاء في هذا المحل، وينقلب حقيقة بالهلاك.

قوله: **(ينقلب حقه)**؛ أي: حق المرتهن **(ملكا)**؛ أي: في حالة الهلاك، وحق البائع لا يصير ملكا من جهة المشتري بحال.

قوله: **(لسوينا بين الحقين)** الضعيف والقوي **(وذلك لا يجوز)** لأن هذا أمر تأباه العقول. إليه أشار شيخ الإسلام.

(ثم أعتقه)؛ أي: المولى المقر بالرهن وهو معسر.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

تَجِبُ السِّعَايَةُ) عِنْدَنَا، خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يَعْتَبِرُهُ، بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ العِتْقِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: أَقَرَّ بِتَعَلُّقِ الحَقِّ فِي حَالٍ يَمْلِكُ التَّعْلِيقَ فِيهِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فَيَصِحُّ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ العِتْقِ؛ لِأَنَّهُ حَالَ انْقِطَاعِ الوِلَايَةِ. قَالَ: (وَلَوْ دَبَّرَهُ الرَّاهِنُ: صَحَّ تَدْبِيرُهُ بِالِاتِّفَاقِ) أَمَّا عِنْدَنَا فَظَاهِرٌ، وَكَذَا عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَمْنَعُ البَيْعَ عَلَى أَصْلِهِ: (وَلَوْ كَانَتْ أَمَةً فَاسْتَوْلَدَهَا الرَّاهِنُ: صَحَّ الِاسْتِيلَادُ بِالِاتِّفَاقِ)؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ بِأَدْنَى الحَقَّيْنِ، وَهُوَ مَا لِلْأَبِ فِي جَارِيَةِ الِابْنِ، فَيَصِحُّ بِالأَعْلَى (وَإِذَا صَحَّا خَرَجَا مِنَ الرَّهْنِ) لِبُطْلَانِ المَحَلِّيَّةِ؛ إِذْ لَا يَصِحُّ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُمَا (فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا ضَمِنَ قِيمَتَهُمَا) عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي الإِعْتَاقِ (وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا، اسْتَسْعَى المُرْتَهِنُ المُدَبَّرَ وَأُمَّ الوَلَدِ فِي جَمِيعِ الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّ كَسْبَهُمَا مَالُ المَوْلَى، بِخِلَافِ المُعْتَقِ، حَيْثُ

(تجب السعاية عندنا خلافا لزفر).

قوله: (وكذا عنده)؛ أي: عند الشافعي، وبه قال مالك وأحمد، وبقي رهنا مدبَّرًا.

ونص الشافعي: على أن التدبير موقوف، فإن خلَّف تركة؛ قضي الدين وعتق المدبر بالتدبير.

وقال بعض أصحابه: [٢/٤٥٨/أ] إن التدبير مبني على عتق المرهون.

(صح الاستيلاد بالاتفاق) وبه قال مالك وأحمد، سواء كان الراهن موسرا أو معسرًا.

وللشافعي الأقوال المذكورة في الإعتاق، إلا أنه إذا قال: لا تنفذ الآجال؛ فإنما هو في حق المرتهن، أما في حق الراهن؛ فهو ثابت لا يجوز أن يهبها للمرتهن.

قوله: (وإذا صحّا)؛ أي: الاستيلاد والتدبير (خرجا من الرهن) وبه قال مالك في رواية، وأحمد. وعند الشافعي: بقي مدبَّرًا، وبه قال مالك في رواية.

قوله: (وكذلك لو استهلك الرّاهن الرهن)[1]؛ أي: يضمن، وهو معطوف

---

(١) انظر المتن ص ٢٢٥.

يَسْعَى فِي الأَقَلِّ مِن الدَّيْنِ وَمِن القِيمَةِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ حَقُّهُ، وَالمُحْتَبَسُ عِنْدَهُ لَيْسَ إِلَّا قَدْرَ القِيمَةِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَحَقُّ المُرْتَهِنِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ، فَلَا تَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ، وَلَا يَرْجِعَانِ بِمَا يُؤَدِّيَانِ عَلَى المَوْلَى بَعْدَ يَسَارِهِ؛ لِأَنَّهُمَا أَدَّيَاهُ مِن مَالِ المَوْلَى، وَالمُعْتَقُ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى مِلْكَهُ عَنْهُ وَهُوَ مُضْطَرٌّ عَلَى مَا مَرَّ. وَقِيلَ: الدَّيْنُ إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا يَسْعَى المُدَبَّرُ فِي قِيمَتِهِ قِنًّا؛ لِأَنَّهُ عِوَضُ الرَّهْنِ حَتَّى يُحْبَسُ مَكَانَهُ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ العِوَضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ حَالًّا؛ لِأَنَّهُ يَقْضِي بِهِ الدَّيْنَ، وَلَوْ أَعْتَقَ الرَّاهِنُ المُدَبَّرَ وَقَدْ قَضَى عَلَيْهِ بِالسِّعَايَةِ أَوْ لَمْ يَقْضِ، لَمْ يَسْعَ إِلَّا بِقَدْرِ القِيمَةِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ بَعْدَ العِتْقِ مِلْكُهُ، وَمَا أَدَّاهُ قَبْلَ العِتْقِ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَوْلَاهُ لِأَنَّهُ أَدَّاهُ مِن مَالِ المَوْلَى. قَالَ: (وَكَذَلِكَ لَو اسْتَهْلَكَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ)؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالإِتْلَافِ، وَالضَّمَانُ رَهْنٌ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ العَيْنِ (فَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ أَجْنَبِيٌّ، فَالمُرْتَهِنُ هُوَ الخَصْمُ فِي تَضْمِينِهِ، فَيَأْخُذُ القِيمَةَ وَتَكُونُ رَهْنًا فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِعَيْنِ الرَّهْنِ حَالَ قِيَامِهِ، فَكَذَا فِي اسْتِرْدَادِ مَا قَامَ مَقَامَهُ، وَالوَاجِبُ عَلَى هَذَا المُسْتَهْلِكِ قِيمَتُهُ يَوْمَ

على قوله: (فإن كان موسرا ضمن قيمتها) ولا خلاف فيه.

قوله: (والمرتهن هو الخصم في تضمينه).

وقال الشافعي وأحمد وغيرهما: الراهن هو الخصم في تضمينه؛ لأنه مالكه، والأرش الواجب بالجناية ملكه، وإنما للمرتهن حق الوثيقة، وصار كالعبد المستأجر والمودع، حتى قالوا: لو كانت الجناية موجبة للقصاص؛ لسيده استيفاؤه، فإذا استوفى لم يجب عليه شيء، وبه قال أحمد في رواية.

وقال في رواية: أخذت منه قيمة أقلهما قيمة، فيجعل مكانه رهنا، وإن كانت موجبة للمال؛ يكون الأرش رهنا مكانه.

وقلنا: إن المرتهن أحق في المبدل، وهو عين الرهن، فيكون أحق ببدله، وبالخصومة وباسترداده.

قوله: (والواجب على هذا المستهلك): قيد به؛ احترازًا عن استهلاك المرتهن؛ فإن عليه قيمته يوم قبض، كما يجيء، وكذلك في الهلاك؛ تعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك.

هَلَكَ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ خَمْسَمِائَةٍ، وَيَوْمَ رَهَنَ أَلْفًا، غَرِمَ خَمْسَمِائَةٍ، وَكَانَتْ رَهْنًا، وَسَقَطَ مِن الدَّيْنِ خَمْسُمِائَةٍ، فَصَارَ الحُكْمُ فِي الخَمْسِمِائَةِ الزِّيَادَةَ كَأَنَّهَا هَلَكَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ، وَالمُعْتَبَرُ فِي ضَمَانِ الرَّهْنِ القِيمَةُ يَوْمَ القَبْضِ لَا يَوْمَ الفِكَاكِ؛ لِأَنَّ القَبْضَ السَّابِقَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَقَرَّرُ عِنْدَ الهَلَاكِ (وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ المُرْتَهِنُ وَالدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ، غَرِمَ القِيمَةَ)؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مِلْكَ الغَيْرِ (وَكَانَتْ رَهْنًا فِي يَدِهِ حَتَّى يَحِلَّ الدَّيْنُ)؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ العَيْنِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ (وَإِذَا حَلَّ الدَّيْنُ وَهُوَ عَلَى صِفَةِ القِيمَةِ، اسْتَوْفَى المُرْتَهِنُ مِنْهَا قَدْرَ حَقِّهِ)؛ لِأَنَّهُ جِنْسُ حَقِّهِ (ثُمَّ إِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ يَرُدُّهُ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ، وَقَدْ فَرَغَ عَنْ حَقِّ المُرْتَهِنِ (وَإِنْ نَقَصَتْ عَن الدَّيْنِ بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ إِلَى خَمْسِمِائَةٍ، وَقَدْ كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الرَّهْنِ أَلْفًا، وَجَبَ بِالِاسْتِهْلَاكِ خَمْسُمِائَةٍ، وَسَقَطَ مِن الدَّيْنِ خَمْسُمِائَةٍ)؛ لِأَنَّ مَا انْتَقَصَ كَالهَالِكِ وَسَقَطَ الدَّيْنُ بِقَدْرِهِ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ القَبْضِ، فَهُوَ مَضْمُونٌ بِالقَبْضِ السَّابِقِ لَا بِتَرَاجُعِ السِّعْرِ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ البَاقِي بِالإِتْلَافِ وَهُوَ قِيمَتُهُ يَوْمَ أُتْلِفَ. قَالَ: (وَإِذَا أَعَارَ المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ لِلرَّاهِنِ لِيَخْدُمَهُ، أَوْ لِيَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا فَقَبَضَهُ، خَرَجَ مِن ضَمَانِ

قوله: (وهو على صفة القيمة)؛ أي: في الجنسية والجودة.

قوله: (وإن نقصت)؛ أي: قيمة الرهن.

قوله: (بتراجع السعر): هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: لو سقط بقدر ما انتقص؛ كان الرهن مضمونًا على المرتهن بتراجع السعر، ولا تأثير لتراجع السعر في إسقاط شيء من الدين، كما إذا رده إلى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر، فقد ذكر في المبسوط: بتراجع السعر لو انتقص؛ لا يسقط شيء من الدين، كما في المبيع في يد البائع، لو انتقص سعره؛ لا يجبر المشتري؛ لأن تغير السعر لا يؤثر في العين، وإنما هو برغبات الناس، فلا يؤثر في اعتباره الزيادة والنقصان[1].

قوله: (وإذا أعار المرتهن) إلى آخره: في استعمال لفظ الإعارة هاهنا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٠٥).

الْمُرْتَهِنِ) لِمُنَافَاةٍ بَيْنَ يَدِ الْعَارِيَّةِ وَيَدِ الرَّهْنِ (فَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ، هَلَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ) لِفَوَاتِ الْقَبْضِ الْمَضْمُونِ (وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَسْتَرْجِعَهُ إِلَى يَدِهِ)؛ لِأَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ بَاقٍ إِلَّا فِي حُكْمِ الضَّمَانِ فِي الْحَالِّ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ الرَّاهِنُ قَبْلَ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ، كَانَ الْمُرْتَهِنُ أَحَقَّ بِهِ مِن سَائِرِ الْغُرَمَاءِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَارِيَّةِ لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ، وَالضَّمَانُ لَيْسَ مِن لَوَازِمِ الرَّهْنِ عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ ثَابِتٌ فِي وَلَدِ الرَّهْنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا بِالْهَلَاكِ، وَإِذَا بَقِيَ عَقْدُ الرَّهْنِ، فَإِذَا أَخَذَهُ عَادَ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ عَادَ الْقَبْضُ فِي عَقْدِ الرَّهْنِ فَيَعُودُ بِصِفَتِهِ (وَكَذَلِكَ لَوْ أَعَارَهُ أَحَدُهُمَا أَجْنَبِيًّا بِإِذْنِ الْآخَرِ، سَقَطَ حُكْمُ الضَّمَانِ) لِمَا قُلْنَا (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرُدَّهُ رَهْنًا كَمَا كَانَ)؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقًّا مُحْتَرَمًا فِيهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ مِن أَجْنَبِيٍّ إِذَا بَاشَرَهَا أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ، ....

تسامح؛ إذ الإعارة تمليك المنافع بغير عوض، والمرتهن لا يملك منافع العين، فكيف تتحقق منه الإعارة؟ لكن لما عومل معاملة الإعارة هاهنا في حق الاسترداد وعدم الضمان؛ أطلق اسم الإعارة عليه.

قوله: (لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن)؛ إذ يد الرهن يد ضمان، ويد العارية لا.

فإن قيل: الرهن لازم ومضمون، والعارية غير لازمة وغير مضمونة، فالمضمون اللازم أقوى، فينبغي أن ترجح يد الراهن.

قلنا: ما رجحنا جانب العارية، بل رجحنا جانب الرهن لذينك الوجهين، ولكنا أزلنا الضمان عنه؛ لأن فيه عملا بالدليلين، وفي الذي قلته ترك العمل بأحدهما؛ لأنا لو أثبتنا حكم العارية يبقى حكم الرهن؛ إذ الضمان ليس بلازم للرهن، على ما ذكر في الكتاب، فأثبتنا حكم الرهن حتى يجوز استرداده، فأزلنا الضمان عملا بيد العارية؛ ليمكننا العمل بالوجهين.

قوله: (ليست بلازمة) والرهن لازم، والشيء لا ينتقض بما هو دونه.

قوله: (من أجنبي): قيد بالأجنبي؛ لأنه لو أعاره إلى الراهن وآجره منه، أو أودعه عنده؛ كان للمرتهن أن يسترده، والإجارة باطلة. كذا في فتاوى قاضي

حَيْثُ يَخْرُجُ عَن الرَّهْنِ فَلَا يَعُودُ إِلَّا بِعَقْدٍ مُبْتَدَإٍ (وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ قَبْلَ الرَّدِّ إِلَى الْمُرْتَهِنِ، يَكُونُ الْمُرْتَهِنُ أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ)؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِالرَّهْنِ حَقٌّ لَازِمٌ بِهَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ فَيَبْطُلُ بِهِ حُكْمُ الرَّهْنِ، أَمَّا بِالعَارِيَّةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ لَازِمٌ فَافْتَرَقَا (وَإِذَا اسْتَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ مِن الرَّاهِنِ لِيَعْمَلَ بِهِ، فَهَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ فِي العَمَلِ، هَلَكَ عَلَى

خان[١] وغيره.

قوله: (يخرج عن الرهن).

وفي المبسوط[٢]: وإذا خرج عن الرهن بالإجارة كانت الغلة للراهن؛ لأنه بدل ما لم يثبت فيه حق المرتهن وهو المنفعة، بخلاف الثمن في البيع؛ فإنه بدل ما ثبت فيه حق المرتهن، فيتحول حقه إليه، فكان الثمن رهنا قبضه من المشتري أولًا، حتى لو هلك الثمن يتوى من المرتهن، وللمرتهن أن يحبس الثمن إذا كان دينه مؤجلا إلى وقت حلول [الأجل][٣]. كذا في فتاوى قاضي خان[٤].

قوله: (أسوة للغرماء)؛ أي: مساويا لهم في المرهون، ولا يعلم فيه خلاف؛ لبطلان عقد الرهن بهذه العقود إذا كانت بإذن المرتهن.

قوله: (تعلق بالرهن)؛ أي: بالمرهون.

قوله: (أما بالعارية لم يتعلق به حقٌّ لازم) سواء كانت العارية من الراهن أو من غيره، وحكم الوديعة بحكم العارية، وحكم الرهن كحكم الإجارة.

وفي الذخيرة: بيد العارية ينعدم ضمان [٢/٤٥٨/ب] الرهن، ولا يرتفع عقد الرهن، سواء كان المستعير راهنًا أو أجنبيًّا أو مرتهنًا، وكذا بيد الوديعة لا يرتفع عقد الرهن، وبيد الإجارة والرهن يرتفع عقد الرهن، ولو أجره الراهن من المرتهن؛ كانت الإجارة باطلة، وهو بمنزلة ما لو أعاره أو أودعه.

وفي الإيضاح: أَجَّرَهُ من المرتهن؛ خرج من الرهن، ولم يعد إلى الرهن

---

(١) فتاوى قاضي خان (٣/ ٣٧٩).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٠٨).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) فتاوى قاضي خان (٣/ ٣٨١).

ضَمَانِ الرَّهْنِ) لِبَقَاءِ يَدِ الرَّهْنِ (وَكَذَا إِذَا هَلَكَ بَعْدَ الفَرَاغِ مِن العَمَلِ) لِارْتِفَاعِ يَدِ العَارِيَّةِ (وَلَوْ هَلَكَ فِي حَالَةِ العَمَلِ، هَلَكَ بِغَيْرِ ضَمَانٍ) لِثُبُوتِ يَدِ العَارِيَّةِ بِالِاسْتِعْمَالِ، وَهِيَ مُخَالِفَةٌ لِيَدِ الرَّاهِنِ فَانْتَفَى الضَّمَانُ (وَكَذَا إِذَا أَذِنَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ بِالِاسْتِعْمَالِ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَمَن اسْتَعَارَ مِن غَيْرِهِ ثَوْبًا لِيَرْهَنَهُ، فَمَا رَهَنَهُ بِهِ مِن قَلِيلٍ، أَوْ

أبدا؛ لأن الإجارة عقد لازم، فإذا لزم العقد انتفى الرهن.

قوله: **(لبقاء يد الرهن)** وبقي ضمانه.

(لارتفاع يد العارية) فظهر الضمان.

(لما بيناه)؛ أي: في العارية.

ولو اختلفا في وقت الهلاك، فقال المرتهن: هلك في حالة الاستعمال، وقال الراهن: في غير حالة الاستعمال؛ فالقول للمرتهن والبينة للراهن. كذا في فتاوى قاضي خان.

قوله: **(ومن استعار من غيره ثوبًا)** إلى آخره.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من استعار شيئًا ليرهنه بدين معلوم؛ جاز، ولو عين قدرًا أو جنسًا أو مرتهنًا أو بلدًا فخالف؛ لم يصح الرهن، أما لو أطلق الاستعارة والإذن في الرهن من غير تعيين؛ يجوز عند العلماء، إلا في قول من الشافعي: أنه لا يجوز حتى يبين قدره وصفته، وحلوله وتأجيله؛ لأن هذا بمنزلة الضمان؛ لأن منفعة العبد لسيده، والعارية ما أفادت له المنفعة، إنما حصلت له نفعًا بكون الرهن وثيقة عنه، فهو بمنزلة الضمان في ذمته، وضمان المجهول لا يصح.

وللعامة: أنها عارية، فلم يشترط ذكر ذلك، كالعارية لغير الرهن، فكان قبضه لهذه العارية كقبضه للخدمة.

وقوله: **(ضمان)** غير صحيح؛ لأن الضمان يثبت في الذمة، وهذا يثبت في العين.

فإن قيل: لو كان عارية لما صح رهنه؛ لأن العارية غير لازمة، والرهن لازم.

كَثِيرٍ، فَهُوَ جَائِزٌ)؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ الْيَدِ، فَيُعْتَبَرُ بِالتَّبَرُّعِ بِإِثْبَاتِ مِلْكِ الْعَيْنِ وَالْيَدِ وَهُوَ قَضَاءُ الدَّيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْفَصِلَ مِلْكُ الْيَدِ عَنْ مِلْكِ الْعَيْنِ ثُبُوتًا لِلْمُرْتَهِنِ، كَمَا يَنْفَصِلُ زَوَالًا فِي حَقِّ الْبَائِعِ، وَالْإِطْلَاقُ وَاجِبُ الِاعْتِبَارِ خُصُوصًا فِي الْإِعَارَةِ؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فِيهَا لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ (وَلَوْ عَيَّنَ قَدْرًا لَا يَجُوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يَرْهَنَهُ بِأَكْثَرَ مِنْهُ، وَلَا بِأَقَلَّ مِنْهُ)؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ، وَهُوَ يَنْفِي الزِّيَادَةَ؛ لِأَنَّ غَرَضَهُ الِاحْتِبَاسُ بِمَا تَيَسَّرَ أَدَاؤُهُ، وَيَنْفِي النُّقْصَانَ أَيْضًا؛ ....

قلنا: هذه غير لازمة من جهة المستعير، حتى كان له مطالبة المستعير بفكاكه قبل حلول الدين، مع أن غير اللازم قد يكون لازمًا في ضمن اللازم.

قوله: (**فيعتبر بالتبرع**) إلى آخره: يعني: صار هذا كما لو استأذن أن يقضي دينًا عليه بماله فأذن له؛ كان صحيحًا، فكذا هذا. كذا في الإيضاح.

قوله: (**ثبوتًا للمرتهن**)؛ أي: يثبت للمرتهن ملك اليد، ولم يثبت ملك العين.

وقوله: (**وزوالا في حق البائع**)؛ يعني: لو باع بشرط الخيار وسلمه إلى المشتري؛ تزول يده لا ملكه.

(**والإطلاق**)؛ يعني: إذا أطلق الإعارة في الرهن، ولم يسم ما يرهنه به قدرًا وصفةً ومرتهنًا؛ جاز للمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير، وبأي جنس شاء، وبأي شخص شاء؛ لأن الإطلاق واجب الرعاية إلا بدليل يخصصه، وهذا الإطلاق لا يفضي إلى المنازعة، بمنزلة الإعارة للانتفاع مطلقًا، خصوصًا في الإعارة؛ لأن مبناها على المسامحة.

قوله: (**وهو**)؛ أي: تقييد المعير وتعينه.

قوله: (**وينفي النقصان**): مثلًا: إذنه بأن يرهن بمائة، فرهن بخمسين؛ لا يجوز رهنه.

وقال أحمد: يجوز؛ لأن من أذن بمائة؛ فقد أذن بخمسين، وقال في الزيادة: يصح بقدر المأذون، لا في الزيادة في وجه؛ لأن العقد يتناول ما يجوز وما لا يجوز، فجاز فيما يجوز. وقال في وجه: يبطل في الكل كقول العامة؛ لأنه خالف المنصوص عليه.

لِأَنَّ غَرَضَهُ أَنْ يَصِيرَ مُسْتَوْفِيًا لِلْأَكْثَرِ بِمُقَابَلَتِهِ عِنْدَ الهَلَاكِ لِيَرْجِعَ بِهِ عَلَيْهِ (وَكَذَلِكَ التَّقْيِيدُ بِالجِنْسِ وَبِالمُرْتَهِنِ وَبِالبَلَدِ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مُفِيدٌ لِتَيَسُّرِ البَعْضِ، بِالإِضَافَةِ إِلَى البَعْضِ وَتَفَاوُتِ الأَشْخَاصِ فِي الأَمَانَةِ وَالحِفْظِ (فَإِذَا خَالَفَ: كَانَ ضَامِنًا، ثُمَّ إِنْ شَاءَ المُعِيرُ ضَمَّنَ المُسْتَعِيرَ، وَيَتِمُّ عَقْدُ الرَّهْنِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ المُرْتَهِنَ، وَيَرْجِعُ المُرْتَهِنُ بِمَا ضَمِنَ وَبِالدَّيْنِ عَلَى الرَّاهِنِ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الِاسْتِحْقَاقِ (وَإِنْ وَافَقَ) بِأَنْ رَهَنَهُ بِمِقْدَارِ مَا أَمَرَهُ بِهِ (إِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ، أَوْ أَكْثَرَ فَهَلَكَ عِنْدَ المُرْتَهِنِ: يَبْطُلُ المَالُ عَنِ الرَّاهِنِ) لِتَمَامِ الِاسْتِيفَاءِ بِالهَلَاكِ (وَوَجَبَ مِثْلُهُ لِرَبِّ الثَّوْبِ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِمَالِهِ بِهَذَا القَدْرِ، وَهُوَ المُوجِبُ لِلرُّجُوعِ دُونَ القَبْضِ بِذَاتِهِ؛ لِأَنَّهُ بِرِضَاهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَصَابَهُ عَيْبٌ ذَهَبَ مِنَ الدَّيْنِ بِحِسَابِهِ، وَوَجَبَ مِثْلُهُ لِرَبِّ الثَّوْبِ ....

قوله: (لأن غرضه)؛ أي: غرض المعير أن يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيًا للأكثر (ليرجع به عليه)؛ أي: على المستعير.

قوله: (وإذا خالف)؛ أي: المستعير (كان ضامنًا)؛ أي: قيمة الشيء المستعار للرهن؛ لأنه صار غاصبًا، حيث تصرف فيه بغير إذن صاحبه، وللمعير أن يأخذه من المرتهن؛ لأن الرهن لم يصح.

قوله: (وقد بيناه في الاستحقاق)؛ أي: استحقاق الرهن في يد المرتهن وتضمينه؛ فإنه يرجع بالدين وبما ضمن.

قوله: (ووجب مثله لرب الثوب)؛ أي: مثل ما تم به الاستيفاء، وهو مقدار الدين، لا مثل قيمة الثوب؛ لأن ما زاد على قدر الدين عند الهلاك يهلك أمانة؛ إذا وافق المستعير لما شرط المعير فيه. كذا في الذخيرة، والإيضاح.

(لأنه)؛ أي: المعير (صار قاضيًا دينه)؛ أي: دين المعير (بماله)؛ لأنه لما استعاره فقد أمره بقضاء دينه من ماله، والمأمور بقضاء الدين يرجع على الآمر إذا قضى.

وفي الإيضاح: والمعير بمنزلة رجل أذن لآخر أن يقضي دينه من وديعة عنده، فما قضى صار مضمونًا، وما لم يقض فهو أمانة في يده.

عَلَى الرَّاهِنِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

(وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِن الدَّيْنِ، ذَهَبَ بِقَدْرِ القِيمَةِ، وَعَلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةُ دَيْنِهِ لِلْمُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَع الِاسْتِيفَاءُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى قِيمَتِهِ، وَعَلَى الرَّاهِنِ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ مَا صَارَ بِهِ مُوفِيًا، لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ، فَأَرَادَ المُعِيرُ أَنْ يَفْتَكَّهُ جَبْرًا عَن الرَّاهِنِ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُرْتَهِنِ إذَا قَضَى دَيْنَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَبَرِّعٍ، حَيْثُ يُخَلِّصُ مِلْكَهُ، وَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِمَا أَدَّى المُعِيرُ، فَأُجْبِرَ المُرْتَهِنُ عَلَى الدَّفْعِ (بِخِلَافِ الأَجْنَبِيِّ إذَا قَضَى الدَّيْنَ)؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ؛ إذْ هُوَ لَا يَسْعَى فِي تَخْلِيصِ مِلْكِهِ وَلَا فِي تَفْرِيغِ ذِمَّتِهِ فَكَانَ لِلطَّالِبِ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ (وَلَوْ هَلَكَ الثَّوْبُ العَارِيَّةُ عِنْدَ الرَّاهِنِ قَبْلَ أَنْ يَرْهَنَهُ، أَوْ بَعْدَ مَا افْتَكَّهُ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ قَاضِيًا بِهَذَا، وَهُوَ المُوجِبُ عَلَى مَا بَيَّنَّا (وَلَو اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ، ....

قوله: (على ما بيناه) وهو أنه صار قاضيًا دينه بماله بهذا القدر.

وقوله: (لما بينا) راجع إلى هذا أيضًا.

قوله: (جبرًا عن الراهن) بغير رضاه.

قوله: (ولهذا يرجع) إلى آخره.

في النهاية: هذا غير مجرى على إطلاقه، ولا بد هنا من قيد، معناه: يرجع بما أدى إذا كان ما أداه [٢/٤٥٩/أ] بقدر الدين لا بالأكثر منه.

بيانه: قيمة الرهن ألف، ورهنه بألفين، فافتكه المعير بألفين؛ يرجع على الراهن بقدر الدين وهو ألف، ولا يرجع بأكثر من الألف؛ لأنه لو هلك لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك، فكذلك إذا افتكه وكان متبرعا بالزيادة.

فإن قيل: هو لا يتوصل إلى تخليص ملكه إلا بإيفاء جميع الدين، فلم يكن متبرعًا.

قلنا: الضمان على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه، وكان الضمان بقدر ما يتحقق الإيفاء. كذا في الإيضاح.

قوله: (ولو اختلفا)؛ أي: المعير والمستعير (في ذلك) فقال المعير: هلك في يد المرتهن، وقال المستعير - وهو الراهن -: هلك قبل أن أرهنه، أو بعدما

فَالقَوْلُ لِلرَّاهِنِ) لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الإِيفَاءَ بِدَعْوَاهُ الهَلَاكَ فِي هَاتَيْنِ الحَالَتَيْنِ.

(كَمَا لَو اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ مَا أَمَرَهُ بِالرَّهْنِ بِهِ، فَالقَوْلُ لِلْمُعِيرِ)؛ لِأَنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ فِي إِنْكَارِ أَصْلِهِ، فَكَذَا فِي إِنْكَارِ وَصْفِهِ (وَلَوْ رَهَنَهُ المُسْتَعِيرُ بِدَيْنٍ مَوْعُودٍ، وَهُوَ أَنْ يَرْهَنَهُ بِهِ لِيُقْرِضَهُ كَذَا، فَهَلَكَ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ قَبْلَ الإِقْرَاضِ، وَالمُسَمَّى وَالقِيمَةُ سَوَاءٌ، يَضْمَنُ قَدْرَ المَوْعُودِ المُسَمَّى) لِمَا بَيَّنَّا: أَنَّهُ كَالمَوْجُودِ، وَيَرْجِعُ المُعِيرُ عَلَى الرَّاهِنِ ....

افتكّه (فالقول للراهن) وهو المستعير مع يمينه؛ لأن الضمان إنما يجب على المستعير بإيفاء الدين منه، وهو منكر الإيفاء.

فإن قيل: قد صار مضمونًا عليه بالرهن، وهو يدعي سقوط الضمان بالافتكاك، فلا يقبل قوله في ذلك إلا بحجة، كالغاصب يدعي المغصوب.

قلنا: الرهن بإذن المالك ليس بموجب للضمان على أحد، وإنما الموجب للضمان فراغ ذمة المستعير عن الدين بسبب مالية الرهن، ولَمَّا لم يثبت الفراغ لم يثبت الضمان؛ ألا ترى أنه بذلك القدر يستوجب الرجوع عليه، وبالرهن لا يحصل شيء من ذلك، فكان دعواه الهلاك بعد الفكاك، ودعواه الهلاك قبل الرهن في هذا المعنى سواء.

وفي بعض النسخ: (ولو اختلفا في ذلك)؛ أي: قوله (كما اختلف في مقدار ما أمر به) ولكن الصواب: (ولو اختلفا في مقدار ما أمر) إلى آخره، بلفظ (لو) لا بلفظ (كما) [لأن في لفظ (كما)][1] يختلف الغرض؛ إذ في الأول القول للراهن وهو المستعير، وفي الثاني القول للمعير، فكيف يصح التشبيه به؟

قوله: (في إنكار أصله)؛ أي: العارية، بتأويل عقد العارية.

قوله: (يضمن قدر)؛ أي: المرتهن (يضمن قدر الموعود).

(لما بينا)؛ أي: في باب ما يجوز ارتهانه (أنّه كالموجود) وقد بيَّـنَّا الخلاف فيه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِمِثْلِهِ؛ لِأَنَّ سَلَامَةَ مَالِيَّةِ الرَّهْنِ بِاسْتِيفَائِهِ مِن المُرْتَهِنِ كَسَلَامَتِهِ بِبَرَاءَةِ ذِمَّتِهِ عَنْهُ (وَلَوْ كَانَتْ العَارِيَّةُ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ المُعِيرُ جَازَ) لِقِيَامِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ (ثُمَّ المُرْتَهِنُ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ رَجَعَ بِالدَّيْنِ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِهِ (وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ المُعِيرُ قِيمَتَهُ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ قَدْ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ بِرِضَاهُ، وَقَدْ أَتْلَفَهُ بِالإِعْتَاقِ (وَتَكُونُ رَهْنًا عِنْدَهُ إِلَى أَنْ يَقْبِضَ دَيْنَهُ فَيَرُدَّهَا إِلَى المُعِيرِ)؛ لِأَنَّ اسْتِرْدَادَ القِيمَةِ كَاسْتِرْدَادِ العَيْنِ (وَلَو اسْتَعَارَ عَبْدًا، أَوْ دَابَّةً لِيَرْهَنَهُ، فَاسْتَخْدَمَ العَبْدَ، أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ قَبْلَ أَنْ يَرْهَنَهُمَا، ثُمَّ رَهَنَهُمَا بِمَالٍ مِثْلِ قِيمَتِهِمَا، ثُمَّ قَضَى المَالَ فَلَمْ يَقْبِضْهُمَا حَتَّى هَلَكَا عِنْدَ المُرْتَهِنِ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ ....

قوله: (بمثله)؛ أي: بمثل قدر الموعود.

(باستيفائه)؛ أي: باستيفاء الراهن.

(كسلامته ببراءة ذمته)؛ أي: ذمة الراهن، يعني: إذا كانت ذمة الراهن مشغولة بدين المرتهن بهلاك الرهن؛ يسقط الدين بطريق المقاصة، ولا يصير ذلك كذلك، إلا بأن تصير مالية الرهن للراهن؛ ليصير ماله قصاصًا بما عليه، وعند ذلك جاز للمعير أن يرجع بما سلم له، فكذلك هاهنا يرجع عليه [بما][(١)] سلم له من استيفائه من المرتهن.

قوله: (كاسترداد العين)؛ لأن المعير بالإعتاق صار مستردًّا العبد من المرتهن، ثم المرتهن بالتضمين صار مستردًّا قيمة العبد من المعير، فيكون رهنا عنده؛ لأنها بدله؛ لما أن حق المرتهن تعلق بماليته برضى المعير، وقد استهلكه بالإعتاق، فهو كما لو استهلكه بالإتلاف، وهو في هذا الحكم كالأجنبي.

قوله: (فلا ضمان على الراهن).

في المبسوط: لا ضمان على الراهن، والمرتهن [ضامن][(٢)] للألف، يردها على مولى العبد وهو المعير[(٣)]، وهو رواية أبي حفص.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٦١).

لِأَنَّهُ قَدْ بَرِئَ مِن الضَّمَانِ حِينَ رَهَنَهُمَا، فَإِنَّهُ كَانَ أَمِينًا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الوِفَاقِ (وَكَذَا إِذَا افْتَكَّ الرَّهْنَ، ثُمَّ رَكِبَ الدَّابَّةَ، أَو اسْتَخْدَمَ العَبْدَ فَلَمْ يَعْطَبْ، ثُمَّ عَطِبَ بَعْدَ ذَلِكَ مِن غَيْرِ صُنْعِهِ، لَا يَضْمَنُ)؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الفِكَاكِ بِمَنْزِلَةِ المُودَعِ لَا بِمَنْزِلَةِ المُسْتَعِيرِ، لِانْتِهَاءِ حُكْمِ الِاسْتِعَارَةِ بِالفِكَاكِ، وَقَدْ عَادَ إِلَى الوِفَاقِ، فَيَبْرَأُ عَن الضَّمَانِ، وَهَذَا بِخِلَافِ المُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ يَدُ نَفْسِهِ فَلَا بُدَّ مِن الوُصُولِ إِلَى يَدِ المَالِكِ، أَمَّا المُسْتَعِيرُ فِي الرَّهْنِ فَيَحْصُلُ مَقْصُودُ الآمِرِ ....

وقال عيسى: هذا خطأ، ولكن الصحيح: أن الراهن ضامن للألف للمعير صاحب العبد، والمرتهن ضامن للألف للراهن؛ لأن الرهن لما هلك في يد المرتهن تم الاستيفاء، وعلى المرتهن رد ما استوفى، وإنما استوفاه من الراهن، فيرده عليه، والراهن صار قاضيًا دينه بملك الغير، فيغرم مثله.

قال الحاكم: ويحتمل أن يكون أراد بقوله: (لا ضمان على الراهن) ضمان القيمة؛ لأنه لا يتحقق منه خلاف بترك استرداد الرهن مع قضاء[(١)] الدين، بخلاف ما لو استرده ثم دفعه إلى المرتهن؛ يكون ضامنًا قيمته للخلاف بالتسليم إلى الأجنبي. قال: ورأيت جواب هذه المسألة في رواية أبي جعفر: أن المرتهن ضامن الألف، يردها على الراهن، ويردها الراهن على مولى العبد، ولم يقل: (لا ضمان على الراهن)، وهو الأصح كما قال عيسى، وهو رواية أبي سليمان.

قوله: (**فإنه**)؛ أي: الراهن (**كان أمينًا خالف**)؛ أي: بالاستخدام والركوب (**ثم عاد إلى الوفاق**) بالرهن، فيبرأ عن الضمان.

قوله: (**أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر**)؛ أي: بتسليم الرهن إلى المرتهن، وهذا في الحقيقة جواب عن شبهة ترد على قوله: (**استخدم العبد**) ثم رهنه فلا ضمان وهي أن المستعير إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق؛ لم يبرأ عن الضمان على اختيار شمس الأئمة السرخسي، وعند شيخ الإسلام: يبرأ، فعلى اختيار [٢/٤٥٩/ب] شمس الأئمة ينبغي أن يضمن، فقال: (أما المستعير في الرهن فيحصل) إلى آخره، فكانت نظير مسألة الوديعة؛ لأنه لما كان في رهنه

---

(١) في الأصل: (رضا) والمثبت من النسخة الثانية.

وَهُوَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ عِنْدَ الهَلَاكِ وَتَحَقُّقِ الِاسْتِيفَاءِ. قَالَ: (وَجِنَايَةُ الرَّاهِنِ عَلَى الرَّهْنِ مَضْمُونَةٌ)؛ لِأَنَّهُ تَفْوِيتُ حَقٍّ لَازِمٍ مُحْتَرَمٍ، وَتَعَلُّقُ مِثْلِهِ بِالمَالِ يَجْعَلُ المَالِكَ كَالأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ الضَّمَانِ كَتَعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثَةِ بِمَالِ المَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ، يَمْنَعُ نَفَاذَ تَبَرُّعِهِ فِيمَا وَرَاءَ الثُّلُثِ، وَالعَبْدُ المُوصَى بِخِدْمَتِهِ، إِذَا أَتْلَفَهُ الوَرَثَةُ ضَمِنُوا قِيمَتَهُ لِيُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ يَقُومُ مَقَامَهُ. قَالَ: (وَجِنَايَةُ المُرْتَهِنِ عَلَيْهِ تَسْقُطُ مِن دَيْنِهِ بِقَدْرِهَا) وَمَعْنَاهُ: أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلَى صِفَةِ الدَّيْنِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ العَيْنَ مِلْكُ المَالِكِ، وَقَدْ تَعَدَّى عَلَيْهِ المُرْتَهِنُ فَيَضْمَنُهُ لِمَالِكِهِ. قَالَ: (وَجِنَايَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ وَالمُرْتَهِنِ وَعَلَى مَالِهِمَا هَدْرٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: جِنَايَتُهُ عَلَى المُرْتَهِنِ مُعْتَبَرَةٌ[*]، وَالمُرَادُ بِالجِنَايَةِ عَلَى النَّفْسِ مَا يُوجِبُ المَالَ، ....

تحصيل مقصود المعير؛ فكان رده إلى المرتهن كرده على المعير حكمًا، فيبرأ من الضمان. كذا في المبسوط[1].

فإن قيل: يشكل على هذا: ما لو استعمله بعد فكاك الرهن، ثم ترك الاستعمال، ثم هلك بآفة أخرى؛ لا ضمان عليه أيضًا، مع أنه لم يوجد الرد بعد الاستعمال إلى المعير، ولا إلى المرتهن الذي هو نائب المعير في تحقيق مقصوده.

قلنا: المستعير بعد الفكاك مودع، والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق. إليه أشار في الذخيرة، وفيه نوع تأمل.

هذا على اختيار شمس الأئمة، لا على اختيار شيخ الإسلام؛ لأن عنده المستعير يبرأ بالعود إلى الوفاق كالمودع.

قوله: (حق لازم محترم): ومعنى المحترم: أن يكون غيره ممنوعًا[2] عن إبطاله، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) وهي ما إذا كانت

(*) الراجح: قول أبي حنيفة. (١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٦٢).

(٢) في الأصل: (ممنونًا) والمثبت من النسخة الثانية.

أَمَّا الوِفَاقِيَّةُ: فَلِأَنَّهَا جِنَايَةُ المَمْلُوكِ عَلَى المَالِكِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ مَاتَ كَانَ الكَفَنُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ جِنَايَةِ المَغْصُوبِ عَلَى المَغْصُوبِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ المِلْكَ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ يَثْبُتُ لِلْغَاصِبِ مُسْتَنِدًا حَتَّى يَكُونَ الكَفَنُ عَلَيْهِ، فَكَانَتْ جِنَايَةً عَلَى غَيْرِ المَالِكِ فَاعْتُبِرَتْ، وَلَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ: أَنَّ الجِنَايَةَ حَصَلَتْ عَلَى غَيْرِ مَالِكِهِ، وَفِي الِاعْتِبَارِ فَائِدَةٌ، وَهُوَ دَفْعُ العَبْدِ إِلَيْهِ بِالجِنَايَةِ فَتُعْتَبَرُ، ....

خطأ في النفس أو فيما دونها، أما ما يوجب القصاص فيعتبر بالإجماع، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (أما الوفاقية) وهي مسألة جناية الرهن على الراهن هدر؛ لأنها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال، فيكون هدرًا؛ لأنه لو جنى على غيره كان المستحق ملك المولى وماليته فيه، فإذا جنى عليه لا يثبت له الاستحقاق على نفسه، بخلاف الجناية الموجبة للقصاص، والمستحق به دمه، والمولى في دمه كأجنبي، ولهذا لو أقر المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص كان باطلًا، وبالجناية الموجبة للمال صحيحًا، وإقراره على نفسه بالموجبة للقصاص صحيح، وبالجناية الموجبة للمال باطل.

قوله: (حتى يكون الكفن عليه)؛ أي: على الغاصب.

وحاصله: أن ضمان الغصب إذا تقرر وجب الملك، فإذا اعتبرنا جنايته على المغصوب منه، واستقر الضمان على الغاصب؛ ثبت الملك له من وقت الغصب، وتبين أن العبد جنى على غير مالكه، فيعتبر. أما ضمان الرهن إن تقرر على المرتهن؛ لا يوجب الملك في العين، ولا يتبين به أن جنايته على غير مالكه، فكان هدرًا، يعني: المرهون من حيث إنه مضمون المالية كالمغصوب، ومن حيث إن عينه أمانة كالوديعة، فلاعتبار أنه أمانة من وجه؛ يجعل جنايته على المالك هذا، ومن حيث إنه كالمغصوب من وجه؛ يجعل جنايته على الضامن هدرًا.

(وفي الاعتبار فائدة) والأصل في جناية بني آدم الاعتبار إذا كان في اعتبارها فائدة، وهاهنا فائدة؛ لأن موجب اعتبار الجناية الدفع، وللمرتهن

ثُمَّ إنْ شَاءَ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهِنُ أَبْطَلَا الرَّهْنَ وَدَفَعَاهُ بِالجِنَايَةِ إلَى المُرْتَهِنِ، وَإِنْ قَالَ المُرْتَهِنُ: لَا أَطْلُبُ الجِنَايَةَ، فَهُوَ رَهْنٌ عَلَى حَالِهِ، وَلَهُ: أَنَّ هَذِهِ الجِنَايَةَ لَو اعْتَبَرْنَا لِلْمُرْتَهِنِ كَانَ عَلَيْهِ التَّطْهِيرُ مِن الجِنَايَةِ؛ لِأَنَّهَا حَصَلَتْ فِي ضَمَانِهِ فَلَا يُفِيدُ وُجُوبُ الضَّمَانِ لَهُ مَعَ وُجُوبِ التَّخْلِيصِ عَلَيْهِ، وَجِنَايَتُهُ عَلَى مَالِ المُرْتَهِنِ لَا تُعْتَبَرُ بِالِاتِّفَاقِ إذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ وَالدَّيْنُ سَوَاءً؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي اعْتِبَارِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَلَّكُ العَبْدَ، وَهُوَ الفَائِدَةُ، وَإِنْ كَانَتْ القِيمَةُ أَكْثَرَ مِن الدَّيْنِ؛ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِقَدْرِ الأَمَانَةِ؛ لِأَنَّ الفَضْلَ لَيْسَ فِي ضَمَانِهِ، فَأَشْبَهَ جِنَايَةَ العَبْدِ الوَدِيعَةِ عَلَى المُسْتَوْدَعِ،

غرض صحيح في تملك العبد وإن سقط الدين؛ لأن بضمان الدين لا يثبت له الملك في العين، وربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء أنفع له، ففي إثبات الخيار له توفير النظر عليه، وبه فارق ما لو جنى على مال المرتهن؛ لأنه لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية، فإنه لا يستحق بها الملك، ولكن المستحق بالدين مالية العبد يباع به، وذلك مستحق له بدينه، فلا فائدة في اعتبار جنايته على ماله، فلهذا لا يعتبر قوله.

(**ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن**)؛ أي: بالدفع، وهذا التفريع على قولهما.

قوله: (**كان عليه**)؛ أي: على المرتهن (**التطهير من الجناية**) إلى آخره؛ يعني: هو مخاطب أيضًا بالدفع أو الفداء؛ لأن الرهن في ضمانه، فلو أوجبنا الضمان له، وأوجبنا عليه التطهير والتخليص بالدفع أو الفداء؛ فلم يكن في اعتبارها فائدة، وذلك أن المرتهن إذا كانت قيمة الرهن مثل الدين؛ بمنزلة المالك في حكم جنايته؛ ألا ترى أنه لو جنى على غيره؛ كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكًا، فكذا في الجناية عليه يجعل كالمالك، فلا يمكن اعتبار جنايته لمنفعته.

قوله: (**لأنه**)؛ أي: المرتهن (**لا يتملك العبد**) لما ذكرنا أنه يستحق بالدين مالية العبد يباع فيه، وذلك مستحق له بدينه.

قوله: (**فعن أبي حنيفة رحمه الله: يعتبر بقدر الأمانة**).

وَعَنْهُ: أَنَّهَا لَا تُعْتَبَرُ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ وَهُوَ الحَبْسُ فِيهِ ثَابِتٌ فَصَارَ كَالمَضْمُونِ، وَهَذَا بِخِلَافِ جِنَايَةِ الرَّهْنِ عَلَى ابْنِ الرَّاهِنِ أَو ابْنِ المُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّ الأَمْلَاكَ حَقِيقَةٌ مُتَبَايِنَةٌ فَصَارَ كَالجِنَايَةِ عَلَى الأَجْنَبِيِّ. قَالَ: (وَمَنْ رَهَنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ إِلَى

في المبسوط[1]: لو كانت قيمته ألفين[2]، والدين ألف، فجنى على المرتهن أو رقيقه، قيل للراهن: اِدفَعْهُ أو افْدِهِ.

أما على قولهما: فغير مشكل، وأما على قول أبي حنيفة: فجنايته هاهنا معتبرة في ظاهر الرواية.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يعتبر؛ لأن الكل محبوس بحق المرتهن، فلا تعتبر جنايته عليه.

وجه الظاهر [٢/ ٤٦٠/أ]: أن النصف منه أمانة هاهنا، ولا بد من اعتبار جنايته على المرتهن في ذلك النصف؛ لأنه بمنزلة الوديعة، وجناية الوديعة على المودع معتبرة، ولو جنى على أجنبي كان الفداء في هذا النصف على الراهن، فإذا جنى على المرتهن وفي اعتبار جنايته فائدة؛ فتعتبر.

ثم التخريج على الظاهر: أنه يقال للراهن: ادفعه أو افده؛ لأنه هو المالك، فإن دفعه وقبل المرتهن؛ صار عبدا له وسقط الدين؛ لأن ملكَ الراهنِ بفعلٍ باشره العبد في ضمان المرتهن، فيكون كالهالك في يده في حكم سقوط الدين، كما لو جنى على أجنبي ودفعاه به. وإن فداه؛ كان على الراهن نصف الفداء حصة الأمانة، وعلى المرتهن نصف الفداء حصة المضمون، فيسقط حقه؛ لأنه لا يستوجب على نفسه دينًا، ويستوفي من الراهن حصته من الفداء، ويكون الفداء رهنًا على حاله؛ لأن اعتبار الجناية لحقه، فإذا سقط حقه بقي مرهونًا على حاله.

قوله: (لأن الأملاك حقيقة متباينة) من الأب والابن **(فصار كالجناية على الأجنبي).**

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٨٠).

(٢) في النسختين: (ألفان) والمثبت هو الصواب.

أَجَلٍ، فَنَقَصَ فِي السِّعْرِ، فَرَجَعَتْ قِيمَتُهُ إِلَى مِائَةٍ، ثُمَّ قَتَلَهُ رَجُلٌ، وَغَرِمَ قِيمَتَهُ مِائَةً، ثُمَّ حَلَّ الأَجَلُ: فَإِنَّ المُرْتَهِنَ يَقْبِضُ المِائَةَ قَضَاءً عَنْ حَقِّهِ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ) وَأَصْلُهُ: أَنَّ النُّقْصَانَ مِن حَيْثُ السِّعْرُ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الدَّيْنِ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ يَقُولُ: إِنَّ المَالِيَّةَ قَد انْتَقَصَتْ فَأَشْبَهَ انْتِقَاصَ العَيْنِ، وَلَنَا: أَنَّ نُقْصَانَ السِّعْرِ عِبَارَةٌ عَنْ فُتُورِ رَغَبَاتِ النَّاسِ، وَذَلِكَ لَا يُعْتَبَرُ فِي البَيْعِ، حَتَّى لَا يَثْبُتُ بِهِ الخِيَارُ، وَلَا فِي الغَصْبِ حَتَّى لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، بِخِلَافِ نُقْصَانِ العَيْنِ؛ لِأَنَّ بِفَوَاتِ جُزْءٍ مِنْهُ يَتَقَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ فِيهِ؛ إذ اليَدُ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ، وَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِن الدَّيْنِ بِنُقْصَانِ السِّعْرِ بَقِيَ مَرْهُونًا بِكُلِّ الدَّيْنِ، فَإِذَا قَتَلَهُ حُرٌّ: غَرِمَ قِيمَتَهُ مِائَةً؛ لِأَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الإِتْلَافِ فِي ضَمَانِ الإِتْلَافِ؛ لِأَنَّ الجَابِرَ بِقَدْرِ الفَائِتِ، وَأَخَذَهُ المُرْتَهِنُ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ المَالِيَّةِ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ، وَإِنْ كَانَ مُقَابَلًا بِالدَّمِ عَلَى أَصْلِنَا، حَتَّى لَا يُزَادُ عَلَى دِيَةِ الحُرِّ؛ لِأَنَّ المَوْلَى اسْتَحَقَّهُ بِسَبَبِ المَالِيَّةِ، وَحَقُّ المُرْتَهِنِ مُتَعَلِّقٌ بِالمَالِيَّةِ، فَكَذَا فِيمَا قَامَ مَقَامَهُ، ثُمَّ لَا يُرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ يَدَ الرَّهْنِ يَدُ الِاسْتِيفَاءِ

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا تعتبر جنايته على ابن الراهن، ولا على ابن المرتهن إذا كان هو المستحق لتركة ابنه؛ لأنه لو وجب الأرش هاهنا؛ لوجب له، فيكون بمنزلة جنايته على نفسه، فكما لا يعتبر ذلك لخلوه من الفائدة، لا تعتبر جنايته على ابن أحدهما إذا كان هو مستحقًا لتركة أبيه.

وجه الظاهر - وهو الصحيح -: أن المعنى الذي يستدعي إهدار موجب الجناية؛ وقوعها عن المملوك على المالك، أو كون العبد الجاني في ضمانه، وقد فقد في حق الابن، فكانت جنايته عليه كجنايته على الأجنبي.

قوله: (من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين) حتى يطالب الراهن بجميع الدين، عند رد المرتهن الرهن إلى الراهن.

وقوله: (حتى لا يزاد على دية الحر) نتيجة قوله: (كان مقابلا للدم).

وقوله: (لأن المولى استحقه بسبب المالية) دليل قوله: (لأنه بدل المالية في حق المستحق).

مِن الِابْتِدَاءِ، وَبِالهَلَاكِ يَتَقَرَّرُ، وَقِيمَتُهُ كَانَتْ فِي الِابْتِدَاءِ أَلْفًا فَيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِلْكُلِّ مِن الِابْتِدَاءِ أَوْ نَقُولُ: لَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ مُسْتَوْفِيًا الأَلْف بِمِائَةٍ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا، فَيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا المِائَةَ، وَبَقِيَ تِسْعُمِائَةٍ فِي العَيْنِ، فَإِذَا هَلَكَ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا تِسْعَمِائَةٍ بِالهَلَاكِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ مِن غَيْرِ قَتْلِ أَحَدٍ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا الكُلَّ بِالعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤَدِّي إِلَى الرِّبَا. قَالَ: (وَإِنْ كَانَ أَمَرَهُ الرَّاهِنُ أَنْ يَبِيعَهُ، فَبَاعَهُ بِمِائَةٍ، وَقَبَضَ المِائَةَ قَضَاءً مِن حَقِّهِ: فَيَرْجِعُ بِتِسْعِمِائَةٍ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَاعَهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ صَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ اسْتَرَدَّهُ وَبَاعَهُ بِنَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ يَبْطُلُ الرَّهْنُ وَيَبْقَى الدَّيْنُ إِلَّا بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى، وَكَذَا هَذَا. قَالَ: (وَإِنْ قَتَلَهُ عَبْدٌ قِيمَتُهُ مِائَةٌ، فَدُفِعَ مَكَانَهُ: افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ) ....

قوله: (لا يمكن أن يجعل مستوفيًا الألف)؛ أي: ألف الدين بمقابلة مائة الرهن، وهي المائة التي غرمها الحر بقتل الرهن، وجعلت رهنًا مكان العبد المقتول، وهذا هو الفصل الذي يستدل به زفر.

وقلنا: ذلك باعتبار الربا؛ لأن المائة لا يجوز أن يكون بمقابلها أكثر من مائة للربا، ولذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة، فلهذا لو كان القاتل عبدًا قيمته مائة، فدفع مكانه؛ يكون رهنًا بالألف كالأول عندنا - على ما يجيء -؛ لأن ذلك يجوز أن يكون بمقابلته ألف درهم شراء، فلذلك جئنا بالدين، ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماليته؛ بأن تزداد قيمته، حتى إن الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير؛ فإنه يبقى جميع الدين باعتباره؛ لأنه يتوهم استيفاء جميع الدين منه، بأن تعز الدنانير حتى تبلغ قيمتها ألفا. كذا في المبسوط[1].

قوله: (وإن قتله عبد قيمته مائة فإنه)؛ أي: قتل العبد الذي كان يساوي ألفا بألف في ابتداء الرهن، ثم نقص سعره، فرجعت قيمته إلى مائة، فقتله عبد (فَدُفع مكانه افتكَّه بجميع الدين) من غير خيار عندهما، وقول محمد وزفر مذكور في المتن.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٨٦).

وَهذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ(*)، وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَ العَبْدَ المَدْفُوعَ إِلَى المُرْتَهِنِ بِمَالِهِ، وَقَالَ زُفَرُ: يَصِيرُ رَهْنًا بِمِائَةٍ، لَهُ: أَنَّ يَدَ الرَّهْنِ يَدُ اسْتِيفَاءٍ، وَقَدْ تَقَرَّرَ بِالهَلَاكِ، إِلَّا أَنَّهُ أَخْلَفَ بَدَلًا بِقَدْرِ العُشْرِ، فَيَبْقَى الدَّيْنُ بِقَدْرِهِ، وَلِأَصْحَابِنَا عَلَى زُفَرَ: أَنَّ العَبْدَ الثَّانِيَ قَائِمٌ مَقَامَ الأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا، وَلَوْ كَانَ الأَوَّلُ قَائِمًا وَانْتُقِصَ السِّعْرُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِن الدَّيْنِ عِنْدَنَا لِمَا ذَكَرْنَا، فَكَذَلِكَ إِذَا قَامَ المَدْفُوعُ مَكَانَهُ، وَلِمُحَمَّدٍ فِي الخِيَارِ: أَنَّ المَرْهُونَ تَغَيَّرَ فِي ضَمَانِ المُرْتَهِنِ، فَيُخَيَّرُ الرَّاهِنُ كَالمَبِيعِ إِذَا قُتِلَ قَبْلَ القَبْضِ، وَالمَغْصُوبِ إِذَا قُتِلَ فِي يَدِ الغَاصِبِ يُخَيَّرُ المُشْتَرِي، وَالمَغْصُوبُ مِنْهُ، كَذَا هَذَا، وَلَهُمَا: أَنَّ التَّغَيُّرَ لَمْ يَظْهَرْ فِي نَفْسِ العَبْدِ لِقِيَامِ الثَّانِي مَقَامَ الأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا كَمَا ذَكَرْنَاهُ مَعَ زُفَرَ، وَعَيْنُ الرَّهْنِ أَمَانَةٌ عِنْدَنَا، فَلَا يَجُوزُ تَمْلِيكُهُ مِنْهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ، وَلِأَنَّ جَعْلَ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ حُكْمٌ جَاهِلِيٌّ، وَأَنَّهُ مَنْسُوخٌ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ الخِيَارَ فِيهِ حُكْمُهُ الفَسْخُ، وَهُوَ مَشْرُوعٌ،

قوله: (وقال محمد: هو بالخيار)؛ أي: الراهن بالخيار.

قوله: (فيبقى الدين بقدره)؛ أي: بقدر عشر الدين.

وقوله: (لما ذكرنا)؛ إشارة إلى قوله: (أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس) إلى آخره.

قوله: (كالمبيع إذا قتل) في يد البائع، فدفع القاتل مكانه.

وقيد فيهما بالقتل؛ لأن سعرهما لو نقص من وقت البيع والغصب؛ لا خيار للمشتري والمغصوب منه، بل يأخذهما من غير خيار، أما لو قتلهما عبد فدفع مكانهما؛ يتخير المشتري بين أن يأخذ المدفوع بكل الثمن، أو يفسخ البيع.

وفي الغصب يتخير المالك بين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول، وبين أن يأخذ المدفوع. كذا في الإيضاح، وجامع المحبوبي.

قوله: (وأنه)؛ أي: جعل الرهن بالدين منسوخ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لَا يَغْلَقُ الرَّهنُ»(١) قاله ثلاثًا، وأراد به ما قلنا، وقد مر.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨١٦ برقم ٢٤٤١)، والحاكم (٢/ ٥٨ برقم ٢٣١٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

وَبِخِلَافِ الغَصْبِ؛ لِأَنَّ تَمَلُّكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مَشْرُوعٌ، وَلَوْ كَانَ العَبْدُ تَرَاجَعَ سِعْرُهُ حَتَّى صَارَ يُسَاوِي مِائَةً، ثُمَّ قَتَلَهُ عَبْدٌ يُسَاوِي مِائَةً، فَدُفِعَ بِهِ: فَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ (وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ الرَّهْنُ قَتِيلًا خَطَأً، فَضَمَانُ الجِنَايَةِ عَلَى المُرْتَهِنِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّمْلِيكَ (وَلَوْ فَدَى طَهُرَ المَحَلُّ فَبَقِيَ الدَّيْنُ عَلَى حَالِهِ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ مِن الفِدَاءِ)؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ حَصَلَتْ فِي ضَمَانِهِ فَكَانَ عَلَيْهِ إِصْلَاحُهَا (وَلَوْ أَبَى المُرْتَهِنُ أَنْ يَفْدِيَ، قِيلَ لِلرَّاهِنِ: اِدْفَعِ العَبْدَ، أَو افْدِهِ بِالدِّيَةِ)؛ لِأَنَّ المِلْكَ فِي الرَّقَبَةِ قَائِمٌ لَهُ، وَإِنَّمَا إِلَى المُرْتَهِنِ الفِدَاءُ، لِقِيَامِ حَقِّهِ (فَإِذَا امْتَنَعَ عَن الفِدَاءِ يُطَالَبُ الرَّاهِنُ بِحُكْمِ الجِنَايَةِ، وَمِنْ حُكْمِهَا التَّخْيِيرُ) بَيْنَ الدَّفْعِ وَالفِدَاءِ (فَإِنْ

قوله: (فضمان الجناية إلى المرتهن)؛ أي: قيمته والدين سواء؛ لأن قيمته لو كانت أكثر من الدين يذكر بعد.

ثم لا خلاف للعلماء أن الجناية متقدمة على حق المرتهن، كما أن الجناية متقدمة على حق المالك، والرهن لا يكون أقوى من حق المالك، ثم الجناية إن كانت موجبة للقصاص؛ يستوفيه ولي الجناية، ويسقط [٢/ ٤٦٠/ب] الرهن بالاستيفاء، كما لو تلف في يد المرتهن.

ولو كانت موجبة للمال؛ فعندنا: يطالب المرتهن بالفداء، وعند الشافعي وأحمد: يطالب الراهن بالدفع أو الفداء؛ لأنه هو المالك.

فإن امتنع؛ قيل للمرتهن: أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه، فإن اختار فداءه؛ يفديه بأقل من قيمته وأرش الجناية، كالمالك، ولو فداه بإذن الراهن رجع عليه؛ لأنه أدى الحق بإذنه، كما لو قضى دينه بإذنه.

وفي شرط الرجوع إذا قضى بإذنه قولان، كما في قضاء دين غيره. ولو فداه بغير إذنه لا يرجع. وقلنا: لا يرجع على الراهن بشيء، سواء فداه بإذنه أو بغير إذنه؛ لأن الجناية حصلت في ضمانه، فكان عليه إصلاحها.

قوله: (ولو أبى المرتهن) إلى آخره: وإنما بدأ بالمرتهن؛ لأنا لو خاطبنا الراهن؛ فمن الجائز أن يختار الدفع، فيمنعه المرتهن من ذلك؛ لأن له أن يقول: أنا أفدي حتى أصلح رهني.

اخْتَارَ الدَّفْعَ سَقَطَ الدَّيْنُ)؛ لِأَنَّهُ اسْتُحِقَّ لِمَعْنًى فِي ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ فَصَارَ كَالهَلَاكِ (وَكَذَلِكَ إنْ فَدَى)؛ لِأَنَّ العَبْدَ كَالحَاصِلِ لَهُ بِعِوَضٍ كَانَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ، وَهُوَ الفِدَاءُ، بِخِلَافِ وَلَدِ الرَّهْنِ إذَا قَتَلَ إنْسَانًا، أَو اسْتَهْلَكَ مَالًا، حَيْثُ يُخَاطَبُ الرَّاهِنُ بِالدَّفْعِ أَو الفِدَاءِ فِي الِابْتِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْمُرْتَهِنِ، فَإِنْ دَفَعَ خَرَجَ مِن الرَّهْنِ وَلَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِن الدَّيْنِ كَمَا لَوْ هَلَكَ فِي الِابْتِدَاءِ، وَإِنْ فَدَى: فَهُوَ رَهْنٌ مَعَ أُمِّهِ عَلَى حَالِهِمَا (وَلَو اسْتَهْلَكَ العَبْدُ المَرْهُونُ مَالًا يَسْتَغْرِقُ رَقَبَتَهُ، فَإِنْ أَدَّى الْمُرْتَهِنُ الدَّيْنَ الَّذِي لَزِمَ العَبْدَ، فَدَيْنُهُ عَلَى حَالِهِ كَمَا فِي الفِدَاءِ، وَإِنْ أَبَى قِيلَ لِلرَّاهِنِ: بِعْهُ فِي الدَّيْنِ، إلَّا أَنْ يَخْتَارَ أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ، فَإِنْ أَدَّى، بَطَلَ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ) كَمَا ذَكَرْنَا فِي الفِدَاءِ (وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ وَبِيعَ العَبْدُ فِيهِ: يَأْخُذُ صَاحِبُ دَيْنِ العَبْدِ دَيْنَهُ)؛ لِأَنَّ دَيْنَ العَبْدِ مُقَدَّمٌ عَلَى دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ وَحَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ، لِتَقَدُّمِهِ عَلَى حَقِّ المَوْلَى، (فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ، وَدَيْنُ غَرِيمِ العَبْدِ مِثْلُ دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ أَوْ أَكْثَرُ، فَالفَضْلُ لِلرَّاهِنِ، وَبَطَلَ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ)؛ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ اسْتُحِقَّتْ لِمَعْنًى هُوَ فِي ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ، فَأَشْبَهَ الهَلَاكَ (وَإِنْ كَانَ دَيْنُ العَبْدِ أَقَلَّ سَقَطَ مِن دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ بِقَدْرِ دَيْنِ العَبْدِ، وَمَا فَضَلَ مِن دَيْنِ العَبْدِ

قوله: (وهو الفداء)؛ أي: العوض الذي على المرتهن الفداء، وإذا كان على المرتهن الفداء، وقد أدّاه الرهن؛ يجب له على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجناية، وللمرتهن على الراهن دين، فالتقيا قصاصًا، فسلم الرهن للراهن، ولا يكون الراهن متبرعًا في أداء الفداء؛ لأنه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن.

قوله: (وحَقِّ ولي الجناية): بِجَرِّ (وحق) أي: دين العبد مقدم على دين المرتهن، ومقدم على حق ولي الجناية أيضًا، حتى لو جنى وعليه دين؛ يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء، على ما يأتي في جناية المملوك في الديات.

(لتقدمه)؛ أي: لتقدم دين العبد على حق المولى، فإذا كان مقدمًا على حق المولى؛ يكون مقدمًا على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن، وولي الجناية؛ لأن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية، وولي الجناية مقام المولى في ملك العين.

قوله: (وما فضل من دين العبد)؛ أي: وما فضل من ثمن العبد من دينه

يَبْقَى رَهْنًا كَمَا كَانَ، ثُمَّ إنْ كَانَ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ قَدْ حَلَّ أَخَذَهُ بِهِ)؛ لِأَنَّهُ مِن جِنْسِ حَقِّهِ (وَإِنْ كَانَ لَمْ يَحِلَّ، أَمْسَكَهُ حَتَّى يَحِلَّ، وَإِنْ كَانَ ثَمَنُ العَبْدِ لَا يَفِي بِدَيْنِ الغَرِيمِ أَخَذَ الثَّمَنَ، وَلَمْ يَرْجِعْ بِمَا بَقِيَ عَلَى أَحَدٍ، حَتَّى يَعتِقَ العَبْدُ)؛ لِأَنَّ الحَقَّ فِي دَيْنِ الِاسْتِهْلَاكِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَقَد اسْتُوْفِيَتْ، فَيَتَأَخَّرُ إِلَى مَا بَعْدَ العِتْقِ (ثُمَّ إِذَا أَدَّى بَعْدَهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ)؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ بِفِعْلِهِ (وَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ العَبْدِ أَلْفَيْنِ، وَهُوَ رَهْنٌ بِأَلْفٍ، وَقَدْ جَنَى العَبْدُ: يُقَالُ لَهُمَا: افْدِيَاهُ)؛ لِأَنَّ النِّصفَ مِنْهُ مَضْمُونٌ، وَالنِّصْفُ أَمَانَةٌ، وَالفِدَاءُ فِي المَضْمُونِ عَلَى المُرْتَهِنِ، وَفِي الأَمَانَةِ عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِنْ أَجْمَعَا عَلَى الدَّفْعِ دَفَعَاهُ وَبَطَلَ دَيْنُ المُرْتَهِنِ، وَالدَّفْعُ لَا يَجُوزُ فِي الحَقِيقَةِ مِن المُرْتَهِنِ لِمَا بَيَّنَّا، وَإِنَّمَا مِنْهُ الرِّضَا بِهِ (فَإِنْ تَشَاحَّا، فَالقَوْلُ لِمَنْ قَالَ: أَنَا أَفْدِي، رَاهِنًا كَانَ أَوْ مُرْتَهِنًا) أَمَّا المُرْتَهِنُ: فَلِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الفِدَاءِ إِبْطَالُ حَقِّ الرَّاهِنِ، وَفِي الدَّفْعِ الَّذِي يَخْتَارُهُ الرَّاهِنُ إِبْطَالُ المُرْتَهِنِ، وَكَذَا فِي جِنَايَةِ الرَّهْنِ إِذَا قَالَ المُرْتَهِنُ: أَنَا أَفْدِي لَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ المَالِكُ يَخْتَارُ الدَّفْعَ؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا فَهُوَ مَحْبُوسٌ بِدَيْنِهِ، وَلَهُ فِي الفِدَاءِ غَرَضٌ صَحِيحٌ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى الرَّاهِنِ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَفْدِيَ، وَأَمَّا

(يبقى رهنًا كما كان).

قوله: (فيتأخر) الباقي (إلى ما بعد العتق).

(ثم إذا أدى العبد الباقي بعد العتق لا يرجع)؛ أي: بما أدى.

قوله: (يقال لهما)؛ أي: للراهن والمرتهن (افدياه).

قوله: ([لما بينا][1])؛ إشارة إلى قوله: (لأن الدفع تمليك وهو لا يملك التمليك).

(وإنما منه)؛ أي: من المرتهن (الرضا)؛ أي: بالدفع، والدفع لا يسقط الرهن، بل يحفظ له حقَّ نفسه.

قوله: (فإن تشاحّا)؛ أي: الراهن والمرتهن، فقال أحدهما: أنا أفدي.

قوله: (وله)؛ أي: للراهن (في الفداء غرض صحيح)؛ وهو استيفاء الرقبة بالفداء.

---

(١) ليست بالأصل، وأثبتناها من المتن ليستقيم السياق.

الرَّاهِنُ: فَلِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ وِلَايَةُ الدَّفْعِ لِمَا بَيَّنَّا، فَكَيْفَ يَخْتَارُهُ؟ (وَيَكُونُ الْمُرْتَهِنُ فِي الفِدَاءِ مُتَطَوِّعًا فِي حِصَّةِ الأَمَانَةِ، حَتَّى لَا يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ لَا يَخْتَارَهُ فَيُخَاطَبُ الرَّاهِنُ، فَلَمَّا التَزَمَهُ ـ وَالحَالَةُ هَذِهِ ـ كَانَ مُتَبَرِّعًا، وَهَذَا عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ مَعَ الحُضُورِ، وَسَنُبَيِّنُ القَوْلَيْنِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَوْ أَبَى المُرْتَهِنُ أَنْ يَفْدِيَ، وَفَدَاهُ الرَّاهِنُ: فَإِنَّهُ يَحْتَسِبُ عَلَى المُرْتَهِنِ نِصْفَ الفِدَاءِ مِن دَيْنِهِ)؛ لِأَنَّ سُقُوطَ الدَّيْنِ أَمْرٌ لَازِمٌ فَدَى، أَوْ دَفَعَ، فَلَمْ يُجْعَل الرَّاهِنُ فِي الفِدَاءِ مُتَطَوِّعًا، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ نِصْفُ الفِدَاءِ مِثْلَ الدَّيْنِ، أَوْ أَكْثَرَ، بَطَلَ الدَّيْنُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ سَقَطَ مِن الدَّيْنِ بِقَدْرِ نِصْفِ الفِدَاءِ، وَكَانَ العَبْدُ رَهْنًا بِمَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ الفِدَاءَ فِي نِصْفٍ كَانَ عَلَيْهِ، فَإِذَا أَدَّاهُ الرَّاهِنُ، وَهُوَ لَيْسَ بِمُتَطَوِّعٍ كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ، فَيَصِيرُ قِصَاصًا بِدَيْنِهِ كَأَنَّهُ أَوْفَى نِصْفَهُ، فَيَبْقَى العَبْدُ رَهْنًا بِمَا بَقِيَ (وَلَوْ كَانَ المُرْتَهِنُ فَدَى، وَالرَّاهِنُ حَاضِرٌ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا لَمْ يَكُنْ مُتَطَوِّعًا) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالحَسَنُ وَزُفَرُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: المُرْتَهِنُ

قوله: (وسنبين القولين)؛ أي: بعد الخطوط[1] في قوله: (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر) إلى آخره.

قوله: (فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعًا)؛ لأنه قصد به تطهير ملكه عن الجناية، وهو محتاج إلى ذلك، فلا يكون متبرعًا في نصيب المرتهن، كمعير الرهن إذا قضى الدين، ثم إن رد عليه المرتهن نصف الفداء بقي العبد مرهونًا كما لو فدياه به، وإن أبى ذلك فقد خرج من الرهن؛ لأن المرتهن حين أبى الفداء فقد رضي بإتوائه، فيجعل في حقه كأنه هلك. كذا في المبسوط[2].

قوله: (وإن كان غائبًا)؛ أي: غيبة منقطعة. ذكره في الأسرار.

قوله: (وهذا)؛ أي: قول أبي حنيفة.

وروى زفر عن أبي حنيفة عكس هذا؛ وهو أن الراهن إذا كان حاضرًا لا يكون متطوعًا، وإن كان غائبًا كان متطوعًا.

---

(١) كذا في النسختين، والمستعمل والأليق أن تكون نكرة، أي: بخطوط.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٨٣).

مُتَطَوِّعٌ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ فَدَى مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، فَأَشْبَهَ الأَجْنَبِيَّ، وَلَهُ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ حَاضِرًا أَمْكَنَهُ مُخَاطَبَتُهُ، فَإِذَا فَدَاهُ المُرْتَهِنُ فَقَدْ تَبَرَّعَ كَالأَجْنَبِيِّ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الرَّاهِنُ غَائِبًا، تَعَذَّرَ مُخَاطَبَتُهُ، وَالمُرْتَهِنُ يَحْتَاجُ إِلَى إِصْلَاحِ المَضْمُونِ، وَلَا يُمْكِنُهُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِصْلَاحِ الأَمَانَةِ فَلَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا: قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ بَاعَ وَصِيُّهُ الرَّهْنَ، وَقَضَى الدَّيْنَ)؛ لِأَنَّ الوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَهُ، وَلَوْ تَوَلَّى المُوصَى حَيًّا بِنَفْسِهِ، كَانَ لَهُ وِلَايَةُ البَيْعِ بِإِذْنِ المُرْتَهِنِ، فَكَذَا لِوَصِيِّهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ، نَصَّبَ القَاضِي لَهُ وَصِيًّا وَأَمَرَهُ بِبَيْعِهِ)؛ لِأَنَّ القَاضِيَ نُصِّبَ نَاظِرًا لِحُقُوقِ المُسْلِمِينَ إِذَا عَجَزُوا عَنِ النَّظَرِ لِأَنْفُسِهِمْ، وَالنَّظَرُ فِي نَصْبِ الوَصِيِّ لِيُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ لِغَيْرِهِ، وَيَسْتَوْفِيَ مَالَهُ مِن غَيْرِهِ (وَإِنْ كَانَ عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ، فَرَهَنَ الوَصِيُّ بَعْضَ التَّرِكَةِ عِنْدَ غَرِيمٍ مِن غُرَمَائِهِ، لَمْ يَجُزْ، وَلِلْآخَرِينَ أَنْ يَرُدُّوهُ)؛ لِأَنَّهُ آثَرَ بَعْضَ الغُرَمَاءِ بِالإِيفَاءِ الحُكْمِيِّ، فَأَشْبَهَ الإِيثَارَ بِالإِيفَاءِ الحَقِيقِيِّ (فَإِنْ قَضَى دَيْنَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَرُدُّوهُ جَازَ) لِزَوَالِ المَانِعِ بِوُصُولِ حَقِّهِمْ إِلَيْهِمْ (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ غَرِيمٌ آخَرُ، جَازَ الرَّهْنُ) اعْتِبَارًا بِالإِيفَاءِ الحَقِيقِيِّ (وَبِيعَ فِي دَيْنِهِ)؛ لِأَنَّهُ يُبَاعُ فِيهِ قَبْلَ الرَّهْنِ، فَكَذَا بَعْدَهُ (وَإِذَا ارْتَهَنَ الوَصِيُّ بِدَيْنٍ لِلْمَيِّتِ عَلَى رَجُلٍ، جَازَ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ وَهُوَ يَمْلِكُهُ، قَالَ ﷺ: وَفِي

ووجهه: أن في حال غيبة الراهن لا حاجة له إلى الفداء؛ لأن المجني عليه لا يخاطبه بالفداء، ولا يتمكن من أخذ العبد منه[1] ما لم يحضر الراهن، فكان متبرعًا في الفداء.

أما في حال حضرته؛ فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع أو الفداء، فلا يتصور المرتهن إلى استدامة يده إلا بالفداء، فلا يكون متبرعًا، كصاحب العلو إذا بنى السفل؛ لا يكون متبرعًا في حق صاحب السفل، فهذا مثله. كذا في المبسوط[2].

قوله: (في الوجهين)؛ أي: الحضور والغيبة، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(لأنه استيفاء)؛ أي: أخذ الرهن استيفاء لِدين، والوصي يملكه، وكذا لو

---

(١) في الأصل: (عنه) والمثبت هو الأليق.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٨٤).

رَهْنِ الوَصِيِّ تَفْصِيلَاتٌ نَذْكُرُهَا فِي كِتَابِ الوَصَايَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

فَصْلٌ: [وَمَنْ رَهَنَ عَصِيرًا بِعَشَرَةٍ قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ فَتَخَمَّرَ]

قَالَ: (وَمَنْ رَهَنَ عَصِيرًا بِعَشَرَةٍ قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ، فَتَخَمَّرَ، ثُمَّ صَارَ خَلًّا يُسَاوِي عَشَرَةً، فَهُوَ رَهْنٌ بِعَشَرَةٍ)؛ لِأَنَّ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ يَكُونُ مَحَلًّا لِلرَّهْنِ، إذ المَحَلِّيَّةُ

كان الميت هو الذي ارتهن، فوصيه يقوم مقامه في إمساكه، إلا أنه لا يبيعه بلا إذن الراهن؛ لأن التسليط على البيع بطل بموت المرتهن؛ إذ الراهن إنما رضي برأيه لا برأي غيره في البيع. كذا في المبسوط[1].

فَصْلٌ

هذا الفصل مقام فصل المتفرقات، وهو مؤخر عادة.

قوله: (فهو رهن بعشرة): هذا إذا لم ينتقص شيء من كيله، أما إذا انتقص؛ يسقط من الدين بقدره.

فأما إذا بقي الكيل على حاله وانتقصت قيمته؛ لا يسقط شيء منه؛ لأن الفائت مجرد وصف، وبفوات مجرد الوصف [٢/ ٤٦١/ أ] في المكيلات والموزونات لا يسقط شيء من الدين عندهم، وإنما يتخير الراهن، كما في القلب إذا انكسر.

وحاصله: أن رهن العصير جائز كبيعه بلا خلاف، فإذا تخمر وهما مسلمان؛ يفسد الرهن بلا خلاف، كالمسلم يشتري عصيرًا فتخمر قبل القبض؛ يفسد الشراء، فإذا فسد الرهن فللمرتهن أن يخللهما، وليس للراهن أن يمنعه منه بالاسترداد؛ لأن بحدوث الخمرية تنعدم المالية والتقوم في حق المسلم، بحيث لا يضمن بالإتلاف، وذلك مسقط للدين، إلا أن المرتهن متمكن إعادة المالية بالتخليل، فلا يكون للراهن أن يبطل عليه ذلك بأخذها، فإذا خللها المرتهن أو صارت خلًّا؛ فقد عادت المالية، ويعود حكم الرهن عندنا، ومالك.

وعند الشافعي، وأحمد: لا تعود بالتخليل، ويعود بأن صار خلًّا بنفسه،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٨٠).

بِالمَالِيَّةِ فِيهِمَا، وَالخَمْرُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ابْتِدَاءً، فَهُوَ مَحَلٌّ لَهُ بَقَاءً، حَتَّى إِنَّ مَن اشْتَرَى عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ قَبْلَ القَبْضِ، يَبْقَى العَقْدُ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ فِي البَيْعِ لِتَغَيُّرِ وَصْفِ المَبِيعِ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا تَعَيَّبَا (وَلَوْ رَهَنَ شَاةً قِيمَتُهَا عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ، فَمَاتَتْ، فَدَبَغَ جِلْدَهَا فَصَارَ يُسَاوِي دِرْهَمًا، فَهُوَ رَهْنٌ بِدِرْهَمٍ)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يَتَقَرَّرُ بِالهَلَاكِ، فَإِذَا

كما في الشراء [لو][1] تخمّر قبل القبض ثم تخلّل؛ يعود حكم البيع.

أما لو كانا كافرين؛ يبقى الرهن بتخمره؛ لبقاء ماليته عندهما. ولو كان الراهن مسلمًا والمرتهن كافرًا فتخمر؛ يفسد الرهن؛ لخروجه من أن يكون محلًّا للرهن في حق الراهن، وللمرتهن أن يخلِّلها كما لو كانا مسلمين.

ولو كان الراهن كافرًا والمرتهن مسلمًا؛ فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله، وليس للمسلم أن يخللها؛ لبقاء المالية في حق الراهن، وقد فسد العقد؛ لأن الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود؛ كالمقترن بأصل العقد، والمسلم لو ارتهن خمرًا من كافر لا يصح، فكذا إذا تخمَّر عصيره.

ولو خللها مسلم يضمن قيمتها يوم خللها؛ لأنه صار غاصبًا بما صنع، فصار كما لو غصبها، فيضمن قيمتها والخل له.

وعند الأئمة الثلاثة: لا يضمن؛ لأنه خمر كما كان، وبعدما وجب عليه قيمته؛ تقع المقاصّة إن كان دينه من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن كان قيمة الخمر يوم خللها أقل من دينه، فصارت المسألة على أربعة أوجه بالقسمة العقلية. كذا في مبسوط شيخ الإسلام، وجامع المحبوبي.

قوله: (فهو رهن بدرهم): هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمًا، أما لو كانت درهمين؛ فهو رهن بدرهمين، وإنما يعرف ذلك إذا نظر إلى قيمة الشاة حية، وإلى قيمتها مسلوخة، فإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة تسعة؛ علمنا أن قيمة الجلد درهم يوم الرهن؛ لأن بإزاء كل درهم من الشاة درهم من الدين.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

حَيِيَ بَعْضُ المَحَلِّ يَعُودُ حُكْمُهُ بِقَدْرِهِ، بِخِلَافِ مَا إذَا مَاتَتْ الشَّاةُ المَبِيعَةُ قَبْلَ القَبْضِ، فَدَبَغَ جِلْدَهَا حَيْثُ لَا يَعُودُ البَيْعُ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يُنْتَقَضُ بِالهَلَاكِ قَبْلَ القَبْضِ،

وإن كانت قيمتها حية عشرة، ومسلوخة ثمانية؛ علمنا أن قيمة الجلد درهمان، فيكون رهنًا بدرهمين.

وإنما ينظر إلى قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة؛ لأن الأصل أن قيمة الرهن تتميز يوم الارتهان.

ثم هذا الذي ذكره محمد: أن الجلد يصير رهنًا بحصته من الدين لا يشكل؛ إذا حصل دبغ الجلد بشيء لا قيمه له، كالشمس والتتريب، أما لو حصل بما له قيمة؛ يثبت للمرتهن حق جنس الرهن بما زاد الدبغ فيه، كما لو غصب جلد ميتة، ودبغه بشيء له قيمة؛ فإنما يستحق الجنس بدين حادث بدين وجب له على الراهن، فهل يبطل الرهن الأول أم لا؟

قال الهندواني: فيه قولان، أحدهما: يبطل ويصير الجلد رهنًا بقيمة الدباغ، حتى لو أدى الراهن قيمة ما زاد الدباغ فيه أخذ الجلد؛ لأنه صار مرهونًا بالدين الثاني حكمًا، ولو صار مرهونًا بالدين الثاني حقيقةً، بأن قال الراهن: جعلته رهنًا بالدين الحادث؛ ينفسخ الأول، فكذا حكمًا.

والقول الثاني: لا يبطل؛ لأن الأصل عندنا: أن الشيء إنما يبطل بما هو مثله أو فوقه، لا بما دونه، كالبيع ينفسخ بالبيع فأكثر، ولا ينفسخ بالرهن والإجارة، فهاهنا الرهن الثاني دون الأول؛ لأن الجلد يصير رهنًا بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدفع، وتلك المالية تبع للجلد، فإنه وصف له، والرهن الأول بمال هو أصل بنفسه، غير تبع لغيره، فيكون أقوى، فلم يرتفع بالثاني، ويثبت الرهن الثاني لتحقق سببه، فإنه لا يمكن رده. بخلاف الإجارة والرهن؛ لأن ردهما ممكن، فإذا كان دون الأول؛ لم يرتفع الأول وبطل الثاني. كذا في مبسوط شيخ الإسلام، وجامع المحبوبي.

وفي الكافي: لو أبق[1] الرهن وجعل بالدين، ثم عاد؛ يعود رهنًا عندنا كما

---

(١) في الأصل: (أوثق) والمثبت من النسخة الثانية.

وَالْمُنْتَقَضُ لَا يَعُودُ، أَمَّا الرَّهْنُ يَتَقَرَّرُ بِالهَلَاكِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ. وَمِنْ مَشَايِخِنَا مَنْ يَمْنَعُ مَسْأَلَةَ البَيْعِ، وَيَقُولُ: يَعُودُ البَيْعُ. قَالَ: (وَنَمَاءُ الرَّهْنِ لِلرَّاهِنِ، وَهُوَ مِثْلُ الوَلَدِ وَالثَّمَرِ وَاللَّبَنِ وَالصُّوفِ)؛ لِأَنَّهُ مُتَوَلِّدٌ مِن مِلْكِهِ، وَيَكُونُ رَهْنًا مَعَ الأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ

كان. وعند زفر: لا يعود رهنًا، بل ملكًا للمرتهن، كما في الغصب.

وقلنا: الراهن لا يملك بالدين، بل يقع بقبضه الاستيفاء من وجه، ويتم بالهلاك، فإذا عاد؛ ظهر أنه لم يتم الاستيفاء، فبقي محبوسًا بالدين.

قوله: (ويكون رهنًا مع الأصل).

وفي المحيط، والمبسوط: الأصل عندنا: أن كل ما يتولد من عين الرهن، كالولد والثمر [٢/ ٤٦١/ب]، يسري حكم الرهن إليه؛ لأنهما ملكا بسبب حادث غير متولدين من الأصل[١]. وبقولنا: قال الثوري.

وقال أحمد: المتولد منه وما حدث منه بسبب حادث، كالغلة والكسب؛ يدخل الكل، وبهذا قال النخعي، والشعبي؛ لأن الرهن عقد يستتبع النماء، فيستتبع الكسب كالشراء.

وقال مالك: يدخل الولد خاصة دون غيره؛ لأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة، كولد أم الولد.

وقال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل، ولا من الكسب؛ لأنه حق تعلق بالأصل، فيستوفى من ثمنه، فلا يسري إلى غيره كحق الجناية. حتى قال الشافعي: لو رهنه ماشية مخاضًا، فنتجت؛ فالنتاج خارج من الرهن. وخالفه أبو ثور، وابن المنذر.

ومن حجتهم أيضًا: قوله عليه الصلاة والسلام: «**الرَّهنُ مِنْ راهِنِهِ، لهُ غُنْمُهُ وعلَيهِ غُرْمُهُ**»[٢]، والنماء غُنْمٌ، فيكون من الراهن.

ولأن النماء عين من أعيان مال الراهن، لم يعقد عليهما عقد رهن، فلم يكن رهنًا كسائر ماله.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٦٥).

(٢) سبق تخريجه.

لَهُ، وَالرَّهْنُ حَقٌّ لَازِمٌ فَيَسْرِي إِلَيْهِ (فَإِنْ هَلَكَ يَهْلَكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ)؛ لِأَنَّ الأَتْبَاعَ لَا قِسْطَ

ولنا: أن حكم الرهن متأكد في الأصل، فيسري إلى الولد، ولهذا قال الفقهاء: الأوصاف القارّة في الأمهات تسري إلى الأولاد، والرهن من الأوصاف القارّة في الأمهات، فيسري إلى الأولاد، ولا يلزم على هذا الأصل ولد المغصوبة، وولد المستأجرة، وولد المنكوحة، وولد الموصى بها بالخدمة، وولد الجانية، وولد التي ثبت حق الزكاة فيها بعد الحول، وكذا ولد التي كفلت؛ حيث لا تسري هذه الأحكام إلى الولد؛ لأن المراد بالأوصاف القارة في الأمهات؛ الأوصاف التي تثبت في الأم في جملتها، لكونها مبيعة وحرة وقنة ومدبرة ومكاتبة ومرهونة، لا الأوصاف التي ثبتت في ذمتها، كما في كفالة الحرة، ولا في ذمة مالك الأم، كما في الزكاة، وأن يكون الولد صالحًا لحكم ذلك الوصف، كالبيع والتحرير والكتابة والتدبير والرهن.

أما الولد لا يثبت حكم الغصب فيه عندنا؛ لانعدام سبب الغصب وهو القبض مقصودًا، كما ذكرنا في الغصب، وكذا لا يقبل حكم الإجارة؛ لأن حق المستأجر في المنفعة لا في العين، فلا يكون متأكدًا.

وكذا ولد المنكوحة لا يقبل الحل في حق الزوج، وكذا ولد الموصى بخدمتها لا يكون صالحًا للخدمة حتى تنفصل، وكذا الجناية والدفع بها غير لازم؛ لأن من عليه الجناية ينفرد بإبطال الحق عن العين باختيار الفداء. كذا في المبسوط[١].

ومعنى قوله: (حق لازم)؛ أي: متأكد، بخلاف حق ولي الجناية في الأمة كما ذكرنا.

وأما الحديث؛ فقد ذكرنا تأويله، ولئن سلم؛ فنقول به: أن النماء ملكه، لكن حق الرهن متعلق، ولا منافاة.

والفرق بينه وبين سائر أمواله: أن النماء تبع، فيثبت حكم الأصل فيه، بخلاف سائر الأموال، وحق الجناية يثبت بغير رضى المالك، وعقد الرهن

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٧٦).

لَهَا مِمَّا يُقَابَلُ بِالأَصْلِ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ العَقْدِ مَقْصُودًا؛ إذ اللَّفْظُ لَا يَتَنَاوَلُهَا (وَإِنْ هَلَكَ الأَصْلُ وَبَقِيَ النَّمَاءُ: افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ بِحِصَّتِهِ، يَقْسِمُ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ يَوْمَ القَبْضِ، وَقِيمَةِ النَّمَاءِ يَوْمَ الفَكَاكِ)؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يَصِيرُ مَضْمُونًا بِالقَبْضِ، وَالزِّيَادَةُ تَصِيرُ مَقْصُودَةً بِالفِكَاكِ إذَا بَقِيَ إلَى وَقْتِهِ، وَالتَّبَعُ يُقَابِلُهُ شَيْءٌ إذَا صَارَ مَقْصُودًا كَوَلَدِ المَبِيعِ، فَمَا أَصَابَ الأَصْلَ يَسْقُطُ مِن الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يُقَابِلُهُ الأَصْلُ مَقْصُودًا، وَمَا أَصَابَ النَّمَاءَ افْتَكَّهُ الرَّاهِنُ، لِمَا ذَكَرْنَا. وَصُوَرُ المَسَائِلِ عَلَى هَذَا الأَصْلِ تُخَرَّجُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا بَعْضَهَا فِي «كِفَايَةِ المُنْتَهِي»، وَتَمَامُهُ فِي الجَامِعِ وَالزِّيَادَاتِ (وَلَوْ رَهَنَ شَاةً بِعَشَرَةٍ، وَقِيمَتُهَا عَشَرَةٌ، وَقَالَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: «احْلِب الشَّاةَ، فَمَا حَلَبْتَ فَهُوَ لَكَ حَلَالٌ»، فَحَلَبَ وَشَرِبَ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِن ذَلِكَ) أَمَّا الإِبَاحَةُ: فَيَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِالشَّرْطِ وَالخَطَرِ؛ لِأَنَّهَا إطْلَاقٌ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكٍ، فَتَصِحُّ مَعَ الخَطَرِ (وَلَا يَسْقُطُ

برضاه، ولأنه غير متأكد كما ذكرنا.

قوله: (لأنها لم تدخل)؛ أي: الأتباع لم تدخل في العقود مقصودًا، كولد المبيع؛ فإنه يصير مبيعًا تبعًا، ولا يكون له حصة من الثمن، إلا إذا صار مقصودًا بالقبض عندنا، فكذا في الرهن إذا صار مقصودًا بالفكاك، فلا يكون له حصة من الضمان قبله. كذا في المحيط، والإيضاح.

وفي زيادات قاضي خان: إنما يقسم الدين في الحال على الأصل والتبع بناء على الظاهر؛ إذ الظاهر بقاؤه إلى وقت الفكاك، فتعتبر قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الولد يوم الفكاك، حتى لو هلك قبل الفكاك لم يصر أصلًا، فتبطل تلك القسمة، فهلك بغير شيء.

قوله: (احلب الشاة): وإنما تظهر فائدة التقييد بالشاة في جانب الضمان بلا إذن؛ إذ لو كان المرهون أمة، فأرضعت صبي المرتهن بغير إذن الراهن؛ لم يحتسب به؛ لأن لبن الآدمي لا ثمن له.

قوله: (فيصح تعليقها بالشرط)؛ لأن كلمة (ما) في قوله: (فما حلبت) متضمنة معنى الشرط، بدليل دخول الفاء في جوابه، كقوله: ﴿وَمَا بِكُم مِّن نِّعْمَةٍ فَمِنَ ٱللَّهِ﴾ [النحل: ٥٣].

شَيْءٌ مِن الدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِإِذْنِ المَالِكِ (فَإِنْ لَمْ يَفْتَكَّ الشَّاةَ حَتَّى مَاتَتْ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ، قُسِمَ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَةِ اللَّبَنِ الَّذِي شَرِبَ، وَعَلَى قِيمَةِ الشَّاةِ، فَمَا أَصَابَ الشَّاةَ سَقَطَ، وَمَا أَصَابَ اللَّبَنَ أَخَذَهُ المُرْتَهِنُ مِن الرَّاهِنِ)؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ تَلِفَ عَلَى مِلْكِ الرَّاهِنِ بِفِعْلِ المُرْتَهِنِ، وَالفِعْلُ حَصَلَ بِتَسْلِيطٍ مِن قِبَلِهِ، فَصَارَ كَأَنَّ الرَّاهِنَ أَخَذَهُ وَأَتْلَفَهُ فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ، فَيَكُونُ لَهُ حِصَّتُهُ مِن الدَّيْنِ فَبَقِيَ بِحِصَّتِهِ، وَكَذَلِكَ وَلَدُ الشَّاةِ إِذَا أَذِنَ لَهُ الرَّاهِنُ فِي أَكْلِهِ، وَكَذَلِكَ جَمِيعُ النَّمَاءِ الَّذِي يَحْدُثُ عَلَى هَذَا القِيَاسِ، قَالَ: (وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ، وَلَا تَجُوزُ فِي الدَّيْنِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَلَا يَصِيرُ الرَّهْنُ رَهْنًا بِهَا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا[*]، ....

قوله: (أتلفه بإذن المالك) فيه دليل أنه لو أتلفه بغير إذن الراهن، كما لو حلبه وشربه بغير إذن الراهن؛ يسقط من الدين بقدره، وبه قالت الأئمة الثلاثة، إلا أحمد في رواية عنه: أنه لو حلبه بعوض نفقته؛ فإنه لا يحتسب عليه.

وفي الذخيرة: لو فعل ذلك بغير إذن الراهن؛ وجب عليه الضمان، فيكون رهنًا عند المرتهن، [٢/ ٤٦٢/ أ] محبوسًا بالدين مع الشاة.

قوله: (على هذا القياس)؛ يعني: إن كان بإذن الراهن لا يضمن، وإن كان بغير إذنه يضمن، ولا يعلم فيه خلاف، ويكون ضمانه رهنًا عندنا.

قوله: (وتجوز الزيادة في الرهن): وصورته: أن يرهن ثوبًا بعشرة، قيمته [عشرة][1] ثم زاد الراهن ثوبًا ليكون رهنًا مع الأول بعشرة. وبه قالت الأئمة الثلاثة، كما لو رهنه ابتداء ثوبين[2]، وهذا يكون خلاف مقتضى العقد، بل يؤكده توثيقًا.

(ولا تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد): وبه قال الشافعي في الجديد.

(وقال أبو يوسف: تجوز الزيادة في الدين أيضًا): بأن رهن عبدًا بألف، ثم حدث للمرتهن دين آخر بالشراء أو الاستقراض؛ فيجعلان العبد رهنًا بالدين

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (ترس) والمثبت من النسخة الثانية.

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تَجُوزُ فِيهِمَا، وَالْخِلَافُ مَعَهُمَا فِي الرَّهْنِ، وَالثَّمَنُ وَالْمُثَمَّنُ وَالْمَهْرُ وَالْمَنْكُوحَةُ سَوَاءٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ فِي الْخِلَافِيَّةِ الْأُخْرَى: أَنَّ الدَّيْنَ فِي بَابِ الرَّهْنِ كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ، وَالرَّهْنُ كَالْمُثَمَّنِ فَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ

القديم والحادث. وبه قال مالك، والشافعي في القديم، واختاره المزني.

وعن بعض أصحابه: أن للشافعي قولًا فيه كالقديم.

قوله: (وقال زفر والشافعي) إلى آخره: ثم في كتب أصحاب الشافعي ما ذكر خلافه في زيادة الرهن، وجوزوه قولًا واحدًا، وذكر قوله القديم والجديد في زيادة الدين، وما عرفت بأن الشيخ من أين أخذ بهذا.

قوله: (والمنكوحة سواء): صورة المنكوحة: بأن زوج أمته بألف من رجل، ثم زوجه أمة أخرى بتلك الألف، وقَبِلَ الزوج؛ يصح وتنقسم الألف عليهما.

ولو قال المولى: زدتك أمة أخرى بتلك الألف لا يجوز. كذا وجد بخط العلامة مولانا حافظ الدين.

وفي النهاية: في الأسرار ما يدل على جوازه.

قوله: (وقد ذكرناه في البيوع)؛ أي: في الفصل الذي ذكره في باب المرابحة والتولية.

قوله: (في الخلافية الأخرى)؛ وهي الزيادة في الدَّين، والخلافية الأولى؛ هي الزيادة في الرهن، فعندنا يجوز خلافًا لزفر.

قوله: (أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع)؛ يعني: يتحاذيان محاذاة المبيع مع الثمن، حتى يكون الرهن محبوسًا بالدين مضمونًا به، كالمبيع بالثمن. ثم الزيادة في الرهن ملحقة بأصل العقد، فكذلك الزيادة في الدين، كزيادة في المبيع والثمن؛ وهذا لأن الحاجة تمس إلى زيادة الدين كما تمس إلى زيادة الرهن، بأن يكون في مالية الرهن فضل، ويحتاج الراهن إلى مال آخر، فيأخذه من المرتهن، فيجعلانه رهنًا بهما، والالتحاق بأصل العقد ممكن؛ لأن العقد بعد الالتحاق يتغير إلى وصف مشروع؛ بأن تصير قيمة الرهن مثل الدَّين أو أقل، فإنه مشروع في الابتداء، فكذا إذا تغير في الانتهاء.

فِيهِمَا كَمَا فِي البَيْعِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا: الِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ لِلْحَاجَةِ وَالإِمْكَانِ، وَلَهُمَا: وَهُوَ القِيَاسُ، أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الدَّيْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي الرَّهْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مَشْرُوعٍ عِنْدَنَا، وَالزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ تُوجِبُ الشُّيُوعَ فِي الدَّيْنِ، وَهُوَ غَيْرُ مَانِعٍ مِن صِحَّةِ الرَّهْنِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَهَنَ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ مِن الدَّيْنِ جَازَ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ أَلْفًا وَهَذَا شُيُوعٌ فِي الدَّيْنِ، وَالِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ غَيْرُ مُمْكِنٍ فِي طَرَفِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ وَلَا مَعْقُودٍ بِهِ، ....

(ولهما)؛ أي: لأبي حنيفة ومحمد.

(توجب الشيوع في الرهن)؛ لأن بعض الرهن تفرع[١] من الدين الأول، ويثبت فيه ضمان الدين، فيبقى حكم الأول في البعض، ويثبت فيما يقابل الزيادة مشاعًا، والشيوع في الرهن [غير][٢] مشروع عندنا، وعند الشافعي، وإن كان لا يجوز الشيوع في الدين، ولكن نقول: الزيادة في الرهن شغل فارغ فيجوز، والزيادة في الدين شغل مشغول، فلا يجوز.

قوله: (ألا ترى أنه لو رهن عبدًا بخمسمائة من الدين) الذي هو ألف **(جاز)** وبه فارق البيع والشيوع، وتفرق التسمية لا يؤثر في إفساد البيع، يعني: على تقدير الالتحاق، والالتحاق بأصل العقد غير ممكن هاهنا.

(لأنه)؛ أي: الدين **(غير معقود عليه ولا معقود به)**؛ لأن المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد، والدين كان واجبًا قبل عقد الرهن بسببه، ويبقى بعد فسخ الرهن، فعلم أنه ليس بمعقود به، فلا يمكن إثبات الزيادة فيه ملحقًا بأصل العقد؛ لأن الإلحاق في بدل العقد.

أما الرهن فمعقود عليه؛ لأنه لم يكن محبوسًا قبل العقد، ولا يبقى محبوسًا بعد فسخ الرهن، فالزيادة فيه تكون زيادة في المعقود عليه، فيلتحق بأصل العقد. إليه أشار في المبسوط[٣].

---

(١) في الأصل: (تفرخ) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٩٨).

بَلْ وُجُوبُهُ سَابِقٌ عَلَى الرَّهْنِ، وَكَذَا يَبْقَى بَعْدَ انْفِسَاخِهِ، وَالِالْتِحَاقُ بِأَصْلِ العَقْدِ فِي بَدَلَيْ العَقْدِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ بَدَلٌ يَجِبُ بِالعَقْدِ، ثُمَّ إِذَا صَحَّتْ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ ـ وَتُسَمَّى هَذِهِ زِيَادَةً قَصْدِيَّةً ـ: يُقَسَّمُ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَةِ الأَوَّلِ يَوْمَ القَبْضِ، وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَوْمَ قُبِضَتْ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ قِيمَةُ الزِّيَادَةِ يَوْمَ قَبْضِهَا خَمْسَمِائَةٍ، وَقِيمَةُ الأَوَّلِ يَوْمَ القَبْضِ أَلْفًا، وَالدَّيْنُ أَلْفًا: يُقَسَّمُ الدَّيْنُ أَثْلَاثًا، فِي الزِّيَادَةِ ثُلُثُ الدَّيْنِ، وَفِي الأَصْلِ ثُلُثَا الدَّيْنِ، اعْتِبَارًا بِقِيمَتِهِمَا فِي وَقْتَي الِاعْتِبَارِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَثْبُتُ بِالقَبْضِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَقْتَ القَبْضِ **(وَإِذَا وَلَدَتْ المَرْهُونَةُ وَلَدًا، ثُمَّ إِنَّ الرَّاهِنَ زَادَ مَعَ الوَلَدِ عَبْدًا، وَقِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ أَلْفٌ، فَالعَبْدُ رَهْنٌ مَعَ الوَلَدِ خَاصَّةً، يُقَسَّمُ مَا فِي الوَلَدِ عَلَيْهِ، وَعَلَى العَبْدِ الزِّيَادَةُ)**؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ زِيَادَةً مَعَ الوَلَدِ دُونَ الأُمِّ **(وَلَوْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مَعَ الأُمِّ، يُقَسَّمُ الدَّيْنُ عَلَى قِيمَةِ الأُمِّ يَوْمَ العَقْدِ، وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يَوْمَ القَبْضِ،** ....

قوله: **(وتسمى هذه الزيادة)**؛ أي: الزيادة في الرهن **(زيادة قصدية)** بخلاف النماء، فإن ذلك زيادة في الرهن ضمنًا لا قصدًا، فيختلف حكمه أيضًا، فيقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض، وعلى قيمة النماء يوم الفكاك.

قوله: **(وإذا ولدت المرهونة)**؛ يعني: رهن أمة بألف، وقيمتها ألف، وولدت ولدًا يساوي ألفًا، ثم إن الراهن زاد المرتهن مع الولد عبدًا يساوي ألفًا، فإن قال: زدتك هذا العبد مع الولد؛ فذلك جائز، وهو رهن مع الولد خاصة. كذا في الإيضاح.

قوله: **(ولو كانت الزيادة مع الأم)**: بأن قال: زدتك هذا العبد مع الأم، فينظر إلى قيمة الأم يوم العقد، وإلى قيمة الزيادة يوم القبض، بخلاف ما لو كان زيادة مع الولد؛ حيث [٢/ ٤٦٢/ب] **(يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد)**، وعلى قيمة النماء يوم الفكاك، فما أصاب الولد يقسم على قيمته يوم الفكاك، **(وعلى قيمة الزيادة يوم القبض)**؛ لأن الردة دخلت في ضمانه يوم القبض، فلو كان الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة؛ لأن الولد إذا هلك خرج من العقد، فصار كأن لم يكن، فبطل الحكم في الزيادة.

فَمَا أَصَابَ الأُمَّ قُسِمَ عَلَيْهَا وَعَلَى وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ دَخَلَتْ عَلَى الأُمِّ. قَالَ: (فَإِنْ رَهَنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ، ثُمَّ أَعْطَاهُ عَبْدًا آخَرَ قِيمَتُهُ أَلْفٌ رَهْنًا مَكَانَ الأَوَّلِ، فَالأَوَّلُ رَهْنٌ حَتَّى يَرُدَّهُ إِلَى الرَّاهِنِ، وَالمُرْتَهِنُ فِي الآخَرِ أَمِينٌ حَتَّى يَجْعَلَهُ مَكَانَ الأَوَّلِ)؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ إِنَّمَا دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِالقَبْضِ وَالدَّيْنِ وَهُمَا بَاقِيَانِ، فَلَا يَخْرُجُ عَنِ الضَّمَانِ إِلَّا بِنَقْضِ القَبْضِ مَا دَامَ الدَّيْنُ بَاقِيًا، وَإِذَا بَقِيَ الأَوَّلُ فِي ضَمَانِهِ لَا يَدْخُلُ الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ؛ لِأَنَّهُمَا رَضِيَا بِدُخُولِ أَحَدِهِمَا فِيهِ لَا بِدُخُولِهِمَا، فَإِذَا رُدَّ الأَوَّلُ دَخَلَ الثَّانِي فِي ضَمَانِهِ، ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ تَجْدِيدُ القَبْضِ؛ لِأَنَّ يَدَ المُرْتَهِنِ عَلَى الثَّانِي يَدُ أَمَانَةٍ وَيَدُ الرَّهْنِ بَعْدَ اسْتِيفَاءٍ وَضَمَانٍ، فَلَا يَنُوبُ عَنْهُ، كَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ جِيَادٌ، فَاسْتَوْفَى زُيُوفًا ظَنَّهَا جِيَادًا ثُمَّ عَلِمَ بِالزِّيَافَةِ وَطَالَبَهُ بِالجِيَادِ وَأَخَذَهَا، فَإِنَّ الجِيَادَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ مَا لَمْ يَرُدَّ الزُّيُوفَ، وَيُجَدِّدَ القَبْضَ، وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ تَبَرُّعٌ كَالهِبَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبْلُ. وَقَبْضُ الأَمَانَةِ يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الهِبَةِ، .....

أما لو كانت الزيادة مع الأم؛ صارت كأنها كانت في أصل العقد، فيكون الولد داخلًا في حصة الأم خاصة، فإن ماتت الأم بعد الزيادة؛ ذهب ما كان فيها، وبقي الولد والزيادة بما فيها؛ لأن هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان، بل يتناهى الضمان ويتقرر، فلا يبطل الحكم في الزيادة، وفي الزيادة مع الولد بعد موت الولد، فذهب بغير شيء، فتبقى الأم ولا ولد معها. كذا في الإيضاح.

قوله: (فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض): وهذا احتراز عن الإبراء على ما يجيء، فإن بالإبراء يرتفع الضمان، وإن لم ينتقض بالقبض بالرد إلى الرهن.

قوله: (فلا ينوب)؛ أي: يد الأمانة **(عنه)** عن يد الضمان؛ لأن الأدنى لا ينوب عن الأعلى. وبه قال الشافعي، والقاضي الحنبلي، إلا أن عندهما يصير رهنًا بمضي مدة يمكن فيها قبضه؛ إذ التخلية تكفي في القبض. وقيل: لا يشترط، وبه قال أحمد.

قوله: (على ما بيناه)؛ أي: في صدر الكتاب، في تعليل أن تمام الرهن

وَلِأَنَّ الرَّهْنَ عَيْنَهُ أَمَانَةٌ، وَالقَبْضُ يُرَدُّ عَلَى العَيْنِ، فَيَنُوبُ قَبْضُ الأَمَانَةِ عَنْ قَبْضِ العَيْنِ (وَلَوْ أَبْرَأَ المُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ عَنِ الدَّيْنِ، أَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ، ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ، يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ اسْتِحْسَانًا) خِلَافًا لِزُفَرَ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ أَوْ بِجِهَتِهِ عِنْدَ تَوَهُّمِ الوُجُودِ كَمَا فِي الدَّيْنِ المَوْعُودِ، وَلَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ بِالإِبْرَاءِ، أَو الهِبَةِ، وَلَا جِهَتِهِ لِسُقُوطِهِ، إِلَّا إِذَا أَحْدَثَ مَنْعًا؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِهِ غَاصِبًا إِذَا لَمْ تَبْقَ لَهُ وِلَايَةُ المَنْعِ (وَكَذَا إِذَا ارْتَهَنَتِ المَرْأَةُ رَهْنًا بِالصَّدَاقِ فَأَبْرَأَتْهُ، أَوْ وَهَبَتْهُ، أَوِ ارْتَدَّتْ ـ وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ ـ قَبْلَ الدُّخُولِ، أَوِ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ عَلَى صَدَاقِهَا، ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي

بالقبض، والقبض يرد على العين، والعين أمانة لما بينا.

قوله: (خلافًا لزفر): وهو القياس؛ لأن القبض وقع مضمونًا، فيبقى الضمان ما بقي القبض، كما في البيع الفاسد لو قضى القاضي بالرد؛ فإنه يبقى مضمونًا على المشتري ما بقي في يده. وكما لو اشترى عبدًا بخيار البائع وقبضه، ثم فسخ البائع البيع بحكم الخيار؛ يبقى العبد مضمونًا على المشتري بالقيمة؛ لبقاء القبض.

وإن كان الخيار للمشتري، وقد فسخ البيع بحكم الخيار؛ يبقى مضمونًا على المشتري بالثمن؛ لبقاء القبض. وكما لو رهن شيئًا بدين ظناه، ثم تصادقا على أن لا دين؛ بقي الرهن مضمونًا لبقاء القبض، وإن لم يكن على الراهن شيء، فكذلك هاهنا.

وجه الاستحسان: ما ذكر في المتن بقوله: (لأن الرهن) إلى آخره، وهو قول الأئمة الثلاثة.

وحاصله: أن ضمان الرهن بشيئين: قبض الرهن والدين؛ لأنه ضمان استيفاء، وذا لا يتحقق إلا باعتبار الدين، وبالإبراء إن لم يبق أحدهما، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين تزول بزوال أحدهما، ولهذا لو رد الرهن يسقط الضمان لعدم القبض، وإن بقي الدين فكذا إذا سقط الدين، وإن بقي القبض.

(ولا جهته)؛ أي: جهة الدين (لسقوطه)؛ أي: لسقوط الدين. قيد به؛ لأن الدين بالاستيفاء ينتهي ولا يسقط - كما يجيء في مسألة الاستيفاء -.

يَدِهَا: يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ فِي هَذَا كُلِّهِ، وَلَمْ تَضْمَنْ شَيْئًا) لِسُقُوطِ الدَّيْنِ كَمَا فِي الإِبْرَاءِ، (وَلَو اسْتَوْفَى المُرْتَهِنُ الدَّيْنَ بِإِيفَاءِ الرَّاهِنِ، أَوْ بِإِيفَاءِ مُتَطَوِّعٍ، ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ: يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ مَا اسْتَوْفَى إِلَى مَن اسْتَوْفَى مِنْهُ، وَهُوَ مَنْ عَلَيْهِ، أَو المُتَطَوِّعُ، بِخِلَافِ الإِبْرَاءِ) وَوَجْهُ الفَرْقِ: أَنَّ بِالإِبْرَاءِ يَسْقُطُ الدَّيْنُ أَصْلًا كَمَا ذَكَرْنَا، وَبِالِاسْتِيفَاءِ لَا يَسْقُطُ لِقِيَامِ المُوجِبِ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الِاسْتِيفَاءُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعْقُبُ مُطَالَبَةَ مِثْلِهِ، فَأَمَّا هُوَ فِي نَفْسِهِ فَقَائِمٌ، فَإِذَا هَلَكَ يَتَقَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ الأَوَّلُ، فَانْتَقَضَ الِاسْتِيفَاءُ الثَّانِي.

(وَكَذَا إِذَا اشْتَرَى بِالدَّيْنِ عَيْنًا أَوْ صَالَحَ عَنْهُ عَلَى عَيْنٍ)؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ (وَكَذَلِكَ إِذَا أَحَالَ الرَّاهِنُ المُرْتَهِنَ بِالدَّيْنِ عَلَى غَيْرِهِ، ....

وأما مسائل البيوع، فهو أن المبيع مضمون على المشتري بعد الفسخ، كما كان مضمونًا على البائع المبيع بالثمن، وضمان الثمن قائم على البائع ما بقي المشترى في يده، فيبقى الضمان، فأما هاهنا ضمان الرهن ضمان دين، وقد زال الدين من كل وجه، وفي الرهن بدين مظنون اعتبر جهة الرهن؛ لأن الرهن حصل بدين يتوهم وجوبه للحال، وبتصادقهما على أن لا دين لا يزول التوهم؛ لجواز أن يتصادقا على القيام، وإذا بقي التوهم بعد التصادق بقيت جهة الدين، أما في مسألة الإبراء والهبة لا يبقى الدين ولا جهته، وفي مسألة البيع الفاسد بعد القضاء بالرد يبقى القبض، وهو مضمون بالقبض. إليه أشار في المبسوطين.

قوله: (يتقرر الاستيفاء الأول)؛ وهو الاستيفاء الحكمي (**فانتقض الاستيفاء الثاني**)؛ وهو الاستيفاء الحقيقي، ولا يتكرر الاستيفاء.

قوله: (**ويجب عليه**)؛ أي: على المرتهن (**رد ما استوفى**) من الدين.

وقال زفر، والأئمة الثلاثة: لا يجب؛ لأن الرهن بعد الاستيفاء أمانة في يده.

قوله: (**وكذا إذا اشترى**) إلى آخره؛ يعني: على هذا الخلاف بعدما يجب على المرتهن رد قيمة الرهن، خلافًا لزفر والأئمة الثلاثة؛ لما ذكرنا أنه أمانة عندهم.

ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ، بَطَلَتْ الحَوَالَةُ، وَيَهْلِكُ بِالدَّيْنِ)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَرَاءَةِ بِطَرِيقِ الأَدَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ بِهِ عَنْ مِلْكِ المُحِيلِ مِثْلَ مَا كَانَ لَهُ عَلَى المُحْتَالِ عَلَيْهِ، أَوْ مَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُحِيلِ عَلَى المُحْتَالِ عَلَيْهِ دَيْنٌ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلِ (وَكَذَا لَوْ تَصَادَقَا عَلَى أَنْ لَا دَيْنَ، ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ) لِتَوَهُّمِ وُجُوبِ الدَّيْنِ

وقلنا: شراء العين بالدين لو صلح الدين بالعين استيفاء، فيجب الرد عليه، ولا يلزم تكرر الاستيفاء.

قوله: (ثم هلك)؛ أي: الرهن في يد المرتهن (بطلت الحوالة ويهلك الرهن (بالدين) عندنا، خلافا لهم؛ لأن الدين بالحوالة لا يسقط، ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل، وهو يعرض أن يعود إلى ذمة المحيل إذا مات المحتال عليه مفلسًا، فلهذا بقي ضمان الرهن. كذا في المبسوط[1].

قوله: (لأنه)؛ أي: الحوالة، على تأويل عقد الحوالة (في معنى [٢/ ٤٦٣/ أ] البراءة بطريق الأداء) مكان الاستيفاء.

قوله: (وما يرجع به عليه): معطوف على (ما كان له)؛ يعني: ما كان له أن يزول بعقد الحوالة عن ملك المحيل على المحتال عليه، مثل الذي يرجع المحتال عليه على المحيل.

(لأنه)؛ أي: المحتال عليه (بمنزلة الوكيل) بقضاء الدين عن المحيل.

قوله: (تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين): خلافا لهم، هذا مخالف لرواية مبسوط شمس الأئمة، فإنه قال: يبقى الضمان إذا كان التصادق بعد هلاك الرهن، أما إذا كان التصادق عند قيام الرهن، ثم هلك الرهن؛ فإن هناك يهلك أمانة؛ لأن بتصادقهما يتبقى الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين، بخلاف ما لو تصادقا بعد هلاك الرهن؛ فإن الدين عند الهلاك كان واجبًا ظاهرًا، ووجوب الدين ظاهرًا يكفي لضمان الرهن، فصار مستوفيًا[2].

وذكر شيخ الإسلام: فلو تصادقا قبل الهلاك؛ اختلف مشايخنا،

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٩١).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٩١).

بِالتَّصَادُقِ عَلَى قِيَامِهِ، فَتَكُونُ الجِهَةُ بَاقِيَةً بِخِلَافِ الإِبْرَاءِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

والصواب: أنه لا يهلك مضمونًا.

وهذه المسائل كلها من قوله (ولو استوفى المرتهن الدين)(١) إلى هذا يرد نقضًا لجواب الاستحسان من حيث الظاهر، فأجاب عنها بما ذكر في الكتاب.

قوله: اختلفا في قيمة الرهن بعد الهلاك؛ فالقول للمرتهن، وبه قالت الأئمة الثلاثة في صورة ضمان الرهن؛ بأن تعدى المرتهن في الرهن.

ولو اختلفا في قدر الدين، بأن يقول الراهن: رهن بألف، ويقول المرتهن: بألفين؛ فالقول للراهن، وبه قال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، والنخعي، والثوري، والبتي.

وقال مالك: القول للمرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته، وبه قال الحسن، وقتادة.

ولو اختلفا في قدر الرهن، بأن يقول المرتهن: الرهن هذين العبدين(٢)، وقال الراهن: أحدُهما معيِّنًا؛ فالقول للراهن، ولا يعلم فيه خلاف. وكذا لو اختلفا في رد الرهن؛ فالقول للراهن بلا خلاف؛ لأنه منكر، فالقول له مع اليمين.

ولو أعتق الراهن المرهون، وادعى أنه أعتقه بإذن المرتهن، والمرتهن منكر؛ فالقول للمرتهن. فلو قال الراهن: رهن بالدين المؤجل، وقال المرتهن: بل بالحالِّ؛ فالقول للراهن، كما لو أنكر أصل الدين. ولو كان لأحدهما بينة؛ حكم بها بغير خلاف في جميع المسائل، والله أعلم.

---

(١) كذا بالنسخ الخطية، والصواب: هذان العبدان.
(٢) انظر المتن ص: ٣٥٩.

كِتَابُ الجِنَايَاتِ

قَالَ: (القَتْلُ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: عَمْدٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ، وَخَطَأٌ، وَمَا أُجْرِيَ مَجْرَى

كِتَابُ الجِنَايَاتِ

لما كان ملاك الولاية الدينية والدنياوية، والرئاسة، والإحسان، والعدل، والسياسة، فإن بالإحسان يستعبد الإنسان، ويدفع التباغض والعدوان، وبالسياسة ينزجر السفهاء عن الطغيان، وبالعدل يستقيم الملك وتعمر البلدان، فكان شرع أحكام الجنايات من معظم معاقد الأمور، فأتبعها المصنف العبادات والمعاملات، وأخَّرها؛ لأنها ترجع إلى العارض، فأوردها عقيب الرهن؛ إذ كل واحد للوقاية والصيانة، فإن الرهن وثيقة لصيانة الدَّين عن الهلاك، فكذا حكم الجناية، مشروعة لصيانة المكلف عن الهلاك، وفيما ذكرنا إشارة إلى محاسن أحكام الجنايات.

ثم الجناية لغة: اسم لما يجنيه من شر، أي: يكسبه، تسمية بالمصدر؛ إذ هي بالأصل مصدر جنى عليه شرًّا.

وأصله: من جنى الثمر؛ وهو أخذه من الشجرة، وهو عام، إلا [أنه][1] خص بما يحرم من الفعل شرعًا، سواء حل بنفس أو مال.

ويراد بإطلاق اسم الجناية عند الفقهاء: فِعلٌ حَلَّ في النفسِ أو الطَّرَفِ.

قال شيخ الإسلام: الجناية على النفس يسمى قتلًا، وفيما دون النفس قطعًا وجرحًا، والقتل فعل يضاف إلى العباد، بحيث تزول به الحياة، وزوال الحياة بدون فعل العباد يسمى موتًا.

وركنه: هذا أيضًا. وشرطه: كون محله حيوانًا.

ثم لمّا كان قتل النفس المعصومة من أجَلِّ الكبائر وأخبثها؛ ابتدأ المصنف بتنويعه؛ فقال: (القتل على خمسة أوجه) إلى آخره.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

الخَطَإِ، وَالقَتْلُ بِسَبَبٍ) وَالمُرَادُ بَيَانُ قَتْلٍ تَتَعَلَّقُ بِهِ الأَحْكَامُ.

[أَوَّلاً: القَتْلُ العَمْدُ]

قَالَ: (فَالعَمْدُ: مَا تَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلَاحٍ، أَوْ مَا أُجْرِيَ مَجْرَى السِّلَاحِ، كَالمُحَدَّدِ مِن الخَشَبِ وَلِيطَةِ القَصَبِ، ....

في المبسوط: هذا تقسيم أبو[1] بكر الرازي[2]، أما في الأصل: قسم أبو حنيفة رحمه الله القتل على ثلاثة: عمد، وخطأ، وشبه[3] عمد.

قوله: **(المراد بيان قتل)** إلى آخره: قيد به؛ لما أن أنواع القتل أكثر من خمسة، فقد ذكر في مبسوط شيخ الإسلام: أنواع القتل أكثر من خمسة؛ من رجم، وقصاص، وقتل حربي، وقتل بقطع الطريق، فعلم أن المراد به القتل الموجب للضمان، وهو خمسة.

قيل في وجه الانحصار: أن القتل لا يخلو إما أن صدر بسلاح أو بغيره، فإن صدر بسلاح، فلا يخلو إما أن يكون [٢/ ٤٦٣/ب] به قصد أو لا، فإن كان فهو عمد، وإلا فهو خطأ.

وإن صدر بغير سلاح، فإما أن يكون معه قصد التأديب أو الضرب، أم لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإلا فلا يخلو إما أن يكون جاريًا مجرى الخطأ، فإن كان فهو هو، وإن لم يكن؛ فهو القتل بالسبب، وبهذا الانحصار يعرف أيضًا تفسير كل واحد منهما.

وقيل: وجه الانحصار: الاستقراء التام.

قوله: **(مجرى السلاح)**؛ يعني: في تفريق الأجزاء.

(وليطة القصب): قشره.

وفي المغني، والمحيط: الحدة ليست بشرط إذا كانت الآلة من الحديد، فقال: العمد: أن يتعمد الإنسان قتل من لا يحل قتله بالحديد، سواء كان

---

(١) كذا بالنسختين، والصواب: أبي.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٥٩).
(٣) في الأصل: (شبهة) والمثبت من النسخة الثانية.

وَالمَرْوَةِ المُحَدَّدَةِ وَالنَّارِ)؛ لِأَنَّ العَمْدَ هُوَ القَصْدُ، وَلَا يُوقَفُ عَلَيْهِ إِلَّا بِدَلِيلِهِ، وَهُوَ اسْتِعْمَالُ الآلَةِ القَاتِلَةِ، فَكَانَ مُتَعَمِّدًا فِيهِ عِنْدَ ذَلِكَ (وَمُوجِبُ ذَلِكَ المَأْثَمُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣] الآيَةَ، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ السُّنَّةِ، ....

سلاحًا، نحو: السيف، والسكين، والرمح، أو لم يكن سلاحًا كالإبرة والإشْفَى[1]، وسواء كان له حدة تبضع أو لا، كالعمود، وسنجة الميزان. وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لَا قودَ إلّا بالحديدِ**»[2].

وعنه ﷺ «**كلُّ شيءٍ خطأٌ إلّا الحديدَ**»[3] فدل أن العبرة للحديد. هذا كله على رواية الأصل.

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة رحمه الله: لو قتله بسنجة حديد، أو عمود ولا حِدَّةَ له؛ فهو ليس بعمد محض، فلا يجب القصاص، بل هو خطأ عمد.

وفي فتاوى قاضي خان: في ظاهر الرواية: في الحديد وما يشبه الحديد؛ كالنحاس، والصفر، والرصاص، والذهب، والفضة، والآنك؛ لا يشترط الجرح لوجوب القصاص[4].

وفي المبسوط: عن أبي حنيفة: قتله بعمود أو سنجة حديد؛ لا حدَّ له، فليس بعمد عنده، بل هو خطأ عمد. وعندهما: إن كان الغالب منه الهلاك؛ فعمد محض، وإلا فخطأ عمد[5].

قوله: (**وموجب ذلك**)؛ أي: حكم العمد (**المأثم**).

قوله: (**وقد نطق به غير واحد من السنّة**)؛ أي: السنة فيه أكثر من أن

---

(١) الإِشْفَى: المِخْرَز.
(٢) أخرجه بنحوه الدراقطني (٤/ ٧٠ برقم ٣١١٠) من حديث علي رضي الله عنه.
قال الدارقطني: في إسناده: مُعلى بن هلال؛ وهو متروك.
(٣) أخرجه البيهقي بنحوه (٨/ ٧٦ برقم ١٥٩٨٣)، والدارقطني (٤/ ١٠٧ برقم ٣١٧٨) من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما.
قال البيهقي: مدار هذا الحديث على جابر الجعفي، وقيس بن الربيع، ولا يُحتجُّ بهما.
(٤) فتاوى قاضي خان (٣/ ٢٧٠).
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٢٣).

وَعَلَيْهِ انْعَقَدَ إِجْمَاعُ الأُمَّةِ: قَالَ: (وَالقَوَدُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَىۖ﴾ [البقرة: ١٧٨] إِلَّا أَنَّهُ تَقَيَّدَ بِوَصْفِ العَمْدِيَّةِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «العَمْدُ قَوَدٌ» أَيْ مُوجِبُهُ، وَلِأَنَّ الجِنَايَةَ بِهَا تَتَكَامَلُ، وَحِكْمَةُ الزَّجْرِ عَلَيْهَا تَتَوَفَّرُ، وَالعُقُوبَةُ

تحصى، وأظهر من أن تخفى، منها: ما قال عليه الصلاة والسلام: «**لَزوالُ الدُّنيا أهونُ علَى اللهِ تعالَى مِنْ قتلِ امرئٍ مسلم**»(١) وما قال عليه الصلاة والسلام: «**سِبابُ المُسلمِ فِسقٌ وقتالُهُ كُفرٌ**»(٢) وهذا وإن كان تأويله: قتاله لإسلامه؛ فظاهره يدل على عظم الجناية.

وما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات: «**ألَا إنّ دماءَكُم ونفوسَكُم مُحرَّمةٌ عليكم؛ كَحُرمةِ يومِي هَذا، وشَهرِي هذا، في مَقامِي هَذا**»(٣) ولهذا كان ابن عباس، وزيد بن ثابت، والضحاك بن مزاحم؛ لا يرون التوبة لقاتل العمد، وقالوا: يخلد في النار، ونحن لا نأخذ بذلك. كذا في المبسوط(٤).

قوله: (والقود) معطوف على قوله: (المأثم).

قوله: (إلا أنه تقيد بوصف العمدية): فإن ظاهر الآية يوجب القول بالقصاص أينما يوجد القتل، بأي وجه وجد، لكن السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**العَمدُ قَوَدٌ**»(٥) يدل على أن حكم القصاص مخصوص بالقتل العمد، فيزاد على الكتاب، ولأن قتل الخطأ خرج منها بقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ [النساء: ٩٢] الآية، فما بقي النص على إطلاقه، فصار كالمجمل، فيجوز أن يكون الحديث بيانًا له وإن كان خبر واحد، كما في بيان قدر مسح الرأس.

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ١٦ برقم ١٣٩٥)، والنسائي (٧/ ٨٢ برقم ٣٩٨٦)، من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
قال الترمذي: روي مرفوعًا وموقوفًا على عبد الله بن عمرو، والموقوف أصح.
(٢) أخرجه البخاري (١/ ١٩ برقم ٤٨)، ومسلم (١/ ٨١ برقم ٦٤) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما.
(٣) أخرجه البخاري (٢/ ١٧٧ برقم ١٧٤٢) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٨٤).
(٥) سبق تخريجه.

الْمُتَنَاهِيَةُ لَا شَرْعَ لَهَا دُونَ ذَلِكَ. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ الْأَوْلِيَاءُ أَوْ يُصَالِحُوا)؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ، ثُمَّ هُوَ وَاجِبٌ عَيْنًا، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَخْذُ الدِّيَةِ إِلَّا بِرِضَا القَاتِلِ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ، إِلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ العُدُولِ إِلَى المَالِ مِن غَيْرِ مَرْضَاةِ القَاتِلِ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ، فَيَجُوزُ بِدُونِ رِضَاهُ، وَفِي قَوْلٍ: الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا لَا بِعَيْنِهِ، وَيَتَعَيَّنُ

قوله: (وهو أحد قولي الشافعي): وبه قال مالك في رواية، وهو قول النخعي، وأبي زياد، وسفيان الثوري، وابن شبرمة، والحسن بن حي.

وقال الشافعي في قول: فالولي مخير بين القصاص وأخذ الدية بغير رضى القاتل، وبه قال أحمد، ومالك في رواية، وأبو ثور، وإسحاق، وابن سيرين، وابن المسيب، والأوزاعي، وأبو سليمان، وجمهور أصحاب الحديث؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**مَن قتلَ قتيلًا فأهلُهُ بينَ خِيْرَتين، إن أحَبُّوا قتَلُوا، وإن أحَبّوا أخذوا العَقْلَ** - أي: الدِّيَةَ -»[1] فهذا تنصيص على أن كل واحد منهما موجب القتل. رواه شريح الكعبي.

وقال عليه الصلاة والسلام: «**مَن قُتِلَ له قتيلٌ فهوَ بخَيرِ النَّظَرين: إمَّا أنْ يُودَى، وَإمَّا أن يُقَادوا**»[2] رواه أبو هريرة.

ولأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام والتشفي للولي، وهو ثابت بخلاف القياس؛ لأنه إتلاف لا يكون واجبًا بمقابلة الإتلاف، وهو ليس بمثل؛ ألا ترى أن الجماعة يقتلون بالواحد، ولا مماثلة بين الواحد والعشرة، فعرف أن القصاص مشروع بمعنى النظر للولي.

ولا يجب أن يكون مضمونًا بالمال وهو القيمة؛ لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال، ولهذا يجب المال في الخطأ، والإتلاف في العمد والخطأ على نمط واحد؛ إذ الدية إنما تجب بالإتلاف لا بصفة الخطأ، والمتلف في العمد ما

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٧٢ برقم ٤٥٠٤)، والترمذي (٤/ ٢١ برقم ١٤٠٦) من حديث أبي شُريحٍ الكَعبيِّ رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ٥ برقم ٦٨٨٠)، ومسلم (٢/ ٩٨٩ برقم ١٣٥٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

بِاخْتِيَارِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ العَبْدِ شُرِعَ جَابِرًا، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ نَوْعُ جَبْرٍ فَيَتَخَيَّرُ. وَلَنَا: مَا تَلَوْنَا مِن الكِتَابِ، وَرَوَيْنَا مِن السُّنَّةِ، وَلِأَنَّ المَالَ لَا يَصْلُحُ مُوجِبًا لِعَدَمِ المُمَاثَلَةِ، وَالقِصَاصُ يَصْلُحُ لِلتَّمَاثُلِ، وَفِيهِ مَصْلَحَةُ الأَحْيَاءِ زَجْرًا وَجَبْرًا فَيَتَعَيَّنُ، وَفِي الخَطَإِ

هو المتلف في الخطأ، وإذا ثبت أن القصاص شرع بمعنى النظر للولي، فشرعه لا ينفي الضمان الأصلي، ولم يمكن الجمع بينهما، فخير الولي بينهما.

ولأنه [٢/ ٤٦٤/ أ] تعالى قال: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ﴾ إلى قوله: ﴿فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾ [البقرة:١٧٨] فعلم أن للولي أن يعفو ويتبع القاتل بإحسان، فيأخذ الدية من القاتل، وإن لم يكن اشتراطه ذلك في عفوه، ولهذا إذا عفا أحد الوليين؛ صار نصيب الآخر مالًا وإن لم يشترط ذلك.

ولنا: ما تلونا؛ وهو قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ﴾، فإيجاب المال زيادة عليه بخبر الواحد، فلا يجوز.

وما روينا من السنة؛ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**العَمدُ قَوَدٌ**»(١) وحرف التعريف للجنس؛ لعدم المعهود، ففيه تنصيص على أن موجب جنس العمد القود، فإيجاب المال في القود زيادة عليه.

ولأن المال وهو الدية لا يصلح موجبًا، والقصاص [مثل له](٢)، فتعين موجبًا له؛ وهذا لأنه لا مماثلة بين الآدمي والمال، لا صورة ولا معنى؛ إذ الآدمي خلق لتحمل أمانة الله تعالى، والاشتغال بعبادته، والمال خلق لإقامة مصالحه، وهو مملوك بالآدمي، فأنى يتشابهان، وإنما التماثل في القصاص؛ لأنه أخذ روح بإزاء روح مثله.

(**وفيه مصلحة الأحياء زجرًا**)؛ يعني: قال تعالى: ﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ﴾ [البقرة:١٧٩] فالحياة بطريق [الزجر: أن من قصد القتل تفكر في عاقبته، أنه إذا قَتَل؛ قُتِل به، انزجر عن قتله، فكان حياة لهما، أي: إبقاء لهما على الحياة.

وبطريق](٣) الجبر، أي: جابرًا للفائت؛ وذلك أنه لما قتل به؛ سلم حياة

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في الأصل: (من) بعدها بياض، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وُجُوبُ المَالِ ضَرُورَةَ صَوْنِ الدَّمِ عَنِ الإِهْدَارِ، وَلَا يُتَيَقَّنُ بِعَدَمِ قَصْدِ الوَلِيِّ بَعْدَ أَخْذِ

الأولياء، فإن القاتل يصير حربًا على أولياء القتيل خوفًا على نفسه منهم، فهو يقصد قتالهم؛ لإزالة الخوف على نفسه، فالشرع أمكنهم من قتله قصاصًا دفعا لشره عن أنفسهم، وإحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه.

فالحاصل: أن القصاص حياة، وإنما يجب ضمان الجبر بقدر الإمكان في جبر الحياة، ولا يمكن بأكثر من هذا، فأما المال فليس فيه من معنى الحياة شيء، ولا المماثلة من وجه، وإنما تجب الدية في الخطأ بخلاف القياس منه على القاتل والمقتول؛ لأن الخاطئ معذور، ونفس المقتول محرمة، تسقط حرمتها، فلم يهدر دمه - كما ذكر في الأصول - فشرع المال عند عدم الإمكان؛ لا يدل على شرعه عند الإمكان.

قوله: (**ولا يُتَيَّقن بعدم قصد الولي**)؛ يعني: يجوز أن يأخذ المال، ثم تهيجه الضغينة وتحركه العداوة على ارتكاب قتله، وإن لم يكن ذلك شرعًا، فلم يتعين مدفعًا للهلاك.

وأما الجواب عن الحديث: أنه محمول على رضى القاتل، وإنما لم يذكر رضى القاتل؛ لأن ذلك معلوم ببديهة العقل، فإن من أشرف على الهلاك إذا تمكن من دفع الهلاك عن نفسه بأداء المال؛ لا يمتنع من ذلك إلا من سفهت نفسه؛ لأن امتناعه لإبقاء منفعة المال لنفسه، ولا يتصور ذلك بعدما تلفت نفسه، وهو نظير قوله ﷺ: «**خُذْ سلَمَكَ أو رأسَ مالِكَ**»(١)، وهو في أخذ رأس المال يحتاج إلى رضى المسلم إليه، ولم يذكره؛ لأنه غير محتاج؛ لأنه معلوم بطريق الظاهر.

يؤيده: ما جاء في بعض الروايات: «**إن أَحَبُّوا قَتَلوا وإن أَحَبُّوا تَفادُوا**» والمفاداة مفاعلة، فتقتضي الفعل من الجانبين، وذلك بطريق الصلح.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧٦ برقم ٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٦ برقم ٢٢٨٣) من حديث أبي سعيد الخُدْرِيِّ رضي الله عنه.
قال الترمذي: لَا أَعْرِفُ هَذَا الْحَدِيثَ مَرْفُوعًا إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَهُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ. العلل الكبير (١٩٥/ ٣٤٦).

المَالِ، فَلَا يَتَعَيَّنُ مَدْفَعًا لِلْهَلَاكِ، ....

أو المراد: ألا يجبر الولي على أخذ الدية، شاء أو أبى.

يؤيده: ما روى البخاري، أن الرُّبَيِّع بنت النَّضْر لطمت جارية، فكسرت سنها، فطلبوا العفو، فأبوا، فعرضوا عليهم الأرش، فأبَوا إلا القصاص، فجاء أخوها أنس بن النَّضْر، وقال: يا رسول الله، أَتُكسر سن الرُّبيِّع، والذي بعثك بالحق؛ لا تُكسر سنها، فقال ﷺ: «**يا أنسُ، كتابُ اللهِ القصاصُ**» فرضيَ القوم، فعفَوا، فقال ﷺ: «**إن مِن عبادِ اللهِ مَن لو أقسمَ علَى اللهِ لأبرَّهُ**»[١] فلما كان كذلك؛ علم أن الذي يجب بكتاب الله وسنة رسوله القصاص في العمد؛ لأنه لو كان يجب الخيار للولي بين القصاص وأخذ الدية؛ لخيرها ﷺ، ولأعلمها بما تختار من ذلك؛ ألا ترى أن حاكمًا لو تقدم إليه رجل في شيء؛ يجب له شيئين[٢]، وثبت عنده، لا يحكم له بأخذ الشيئين، بل يحكم له بأن يختار أحدهما ما أحب، فإن تعدّى فقد قصر في الحكم، خصوصًا عن رسول الله ﷺ، فعلم أن المراد من حديث شريح وأبي هريرة: بطريق الرضى؛ لما ذكرنا أن المفاداة من الجانبين.

ويؤيده: ما روى البخاري، عن ابن عباس أنه قال: كان في بني إسرائيل القصاص، ولم تكن فيهم الدية، فقال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ﴾ إلى قوله: ﴿فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة:١٧٨] أي: لولي الجناية.

﴿وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ﴾ أي: أداء للقاتل، يعني: يؤديه بإحسان بعد قبول الدية، ويحتمل أن يكون ذلك في الدم كما تمسك الخصم [٢/ ٤٦٤/ ب]، ويحتمل أن يكون ذلك في الدم الذي بين جماعة فعفا أحدهم، وقد تأولت العلماء هذه الآية عليها، ولا حجة فيها لبعض على بعض إلا بدليل.

وقد روى الترمذي عن أبي شريح الخزاعي، أنه ﷺ قال: «**مَن قُتِلَ لهُ قَتيلٌ؛ فهوَ بالخيارِ بينَ أن يَعفُوَ، أو يقتصَّ، أو يأخذَ الديةَ**»[٣] فقد جعل عفو

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ١٩ برقم ٢٨٠٦)، ومسلم (٣/ ١٣٠٢ برقم ١٦٧٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) كذا بالنسخ الخطية، والصواب: (شيئان).

(٣) أخرجه الترمذي (٤/ ٢١ برقم ١٤٠٦) من حديث أبي شُريح الخُزاعي رضي الله عنه.

وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ: تَجِبُ؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى التَّكْفِيرِ فِي العَمْدِ أَمَسُّ مِنْهَا إِلَيْهِ فِي الخَطَإِ، فَكَانَ أَدْعَى إِلَى إِيجَابِهَا، ....

الولي عند أخذ الدية، فثبت أنه إذا عفا لا دية له، فإذا كان كذلك؛ ثبت أن الذي وجب له كان هو الدم، وإن أخذ الدية التي أبيحت له؛ فهو بمعنى أخذها بدلًا عن القتل، والإبدال لا يجب إلا برضى من يجب له، ورضى من يجب عليه.

يؤيده: ما روي عن عمر أنه قال: "لا يمنع السلطان ولي الدم أن يعفو إن شاء، أو يأخذ العقل إن اصطلحوا عليه"، فعلم أن بالعفو لا تجب الدية بدون الاصطلاح، وما ذكر بن حزم من الطعن هذا من التعصب، وكل طعونه مبهمة، والجرح المبهم لا يعتبر.

قوله: (ولا كفارة فيه)؛ أي: القتل العمد، سواء كان عمدًا يجب فيه القصاص، أو لا يجب، كالأب إذا قتل ابنه عمدًا، وكمسلم قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا عمدًا. وبه قال مالك، وأحمد في المشهور منه، والثوري، وأبو ثور، وابن المنذر.

وقال الشافعي، وأحمد في رواية: في العمد الكفارة كما في الخطأ.

ولا خلاف في وجوب الكفارة في الخطأ، إلا ما حكي عن مالك أنه قال: لا تجب الكفارة في قتل العبد أو الكافر خطأ.

وللشافعي وجهان في سقوط الكفارة عن القاتل؛ إذا قتل قصاصًا. والأصح: أنها لا تسقط، فتؤدى من تركته.

قوله: (أمس منها)؛ أي: من الحاجة (إليه)؛ أي: إلى التكفير في الخطأ، وذلك أن الكفارة ماحية للإثم، أو ساترة، والإثم في العمد أكبر، فكان أدعى إلى الوجوب، ولهذا عذر الخطأ في القتل الخطأ لا يؤثر في إسقاط حقوق الله تعالى، فلما صار مضمونًا بالكفارة ثمة فالعمد أولى؛ ألا ترى أن قتلَ المُحرِمِ الصيدَ خطأً أو عمدًا يوجب الكفارة، فعلم أن الاعتبار لنفس القتل، سواء كان خطأً أو عمدًا. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

والمراد بالخطأ في الآية: ضد الصواب، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ

وَلَنَا: أَنَّهُ كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَفِي الكَفَّارَةِ مَعْنَى العِبَادَةِ فَلَا تُنَاطُ بِمِثْلِهَا، وَلِأَنَّ الكَفَّارَةَ مِن المَقَادِيرِ، وَتَعَيُّنُهَا فِي الشَّرْعِ لِدَفْعِ الأَدْنَى لَا يُعَيِّنُهَا لِدَفْعِ الأَعْلَى. وَمِنْ حُكْمِهِ:

﴿كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: ٣١] أي: ضد الصواب، والعمد ضد الصواب.

وعن واثلة بن الأسقع، أتينا إلى النبي ﷺ بصاحب لنا استوجب النار بالقتل، فقال عليه الصلاة والسلام: «**أعتِقُوا عنهُ يعتِقُ اللهُ بِكُلِّ عضوٍ منهُ عُضوًا مِنَ النارِ**»(١)، وإيجاب النار بالعَمْدِ.

(**ولنا**: [**أنه**](٢) أي: القتل العمد (**كبيرة محضة**)؛ أي: ليس فيه جهة الإباحة، والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة، فلا بد أن يكون سببها دائرة بين الحظر والإباحة، كما مر في الغموس.

(**فلا تناط بمثلها**)؛ أي: بمثل الكبيرة المحضة، أما الخطأ؛ فإنه بالنظر إلى المحل الذي أصابه محظور، وباعتبار أصل(٣) الفعل مباح؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢].

وكذا شبه العمد، فإن القصد التأديب، وهو مباح، والقتل بالمثقل عند أبي حنيفة رحمه الله ليس بمحظور محض بالنظر إلى الآلة، فإنها ليست من آلة القتل، فيمكن فيه الشبهة. كذا في المبسوط(٤).

قوله: (**وتعينها في الشرع لدفع الأدنى**) إلى آخره: هذا جواب(٥) إلحاق الشافعي العمد بالخطأ، إما بالقياس أو بدلالة النص، ولا يمكن الإلحاق بالدلالة؛ لأنه لا مماثلة بين العمد والخطأ، ولا يمكن أيضًا بالقياس؛ لأنه لا مدخل للرأي في تقدير العقوبات وإيجابه؛ [لأنها](٦) من المقادير.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٩ برقم ٣٩٦٤)، والحاكم (٢/ ٢٣١ برقم ٢٨٤٤) من حديث واثِلَةَ بن الأسْقَع رضي الله عنه.
قال الحاكم: حَدِيثُ وَاثِلَةَ بِهَذِهِ الرِّوَايَاتِ صَحِيحًا عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (أهل) والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٨٦).
(٥) بعدها في الأصل: (من) والسياق بدونها أليق.
(٦) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

حِرْمَانُ المِيرَاثِ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا مِيرَاثَ لِقَاتِلٍ».

في المبسوط: قال الشافعي: المعنى في وجوب الكفارة: إقامة نفس مقام نفس المتلف الذي يشتغل بالعبادة، ولا يمكنه ذلك إحياء، فعليه تحرير نفس مقام ما أتلف؛ لأن الحرية حياة، والرق تلف، فلهذا أوجب الكفارة على القاتل(١).

وقلنا: إنما وجب عليه الكفارة؛ لأن الشرع سلم [له](٢) نفسه، حين أسقط عنه القود بعذر الخطأ، مع تحقق إتلاف النفس منه، فعليه إقامة نفس مقام نفسه؛ شكرًا لله تعالى، وذلك في أن يحرر(٣) نفسًا لتشتغل بعبادته تعالى، ولهذا لو قتل مستأمنًا أو ذميًّا خطأً تلزمه الكفارة، مع أنه ما أتلف نفسًا مشتغلًا بالعبادة، فعلم أنه أوجبه شكرا لله تعالى.

وأما الجواب عن قتل المُحْرِمِ الصيدَ: أن هذا كفارة محظور الإحرام، لا كفارة القتل؛ ألا ترى أنها تجب بإتلاف العضو والإشارة، والأخذ بلا قتل، فلم يصح الجمع؛ لأن قتل الصيد أو أخذه عمدًا وخطأً لا يخلو [٢/ ٤٦٥/أ] عن معنى الإباحة؛ لأن الصيد في نفسه مباح، أما الآدمي في نفسه محظور لم يخلق مباحًا، فلم تثبت الإباحة إلا بعارض، ولهذا لو قتل رجل من عليه القصاص عمدًا لا تجب عليه الكفارة؛ لأنه محظور في نفسه، وبوجوب القصاص عليه لآخر؛ لا تثبت فيه جهة الإباحة في حق غير الولي، وفي حق الولي يثبت استيفاء القصاص، لا لإباحته، كما يستوفي دينه من ماله المعصوم؛ لا يصير المال مباحًا في غيره. كذا في الأسرار.

وأما قوله: إن المراد بالخطأ: ضد الصواب؛ غير مستقيم، بل المراد: الخطأ ضد القصد؛ لأنه عطف عليه العمد، ولو كان العمد ضد الصواب؛ يلزم عطف الشيء على نفسه؛ إذ العمد ضد الصواب(٤) أيضًا.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٦٧).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (يجوز) والمثبت من النسخة الثانية.

(٤) في النسختين: (الثواب) في الموضعين، والمثبت هو الصواب.

[ثَانِياً: القَتْلُ شِبْهُ العَمْدِ]

قَالَ: (وَشِبْهُ العَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَيْسَ بِسِلَاحٍ، وَلَا مَا

وأما حديث واثلة: ففيه استوجب النار بدون ذكر القتل، فيحتمل أن ذلك بسبب آخر، ولو صح؛ فيحتمل أن يكون القتل بالحجر والعصا الكبير عمدًا، مع أن مراد النبي ﷺ التطوع بالإعتاق؛ ألا ترى أنه خاطب به غير القاتل، والكفارة لا تجب على غير القاتل. كذا في المبسوط[١]، والأسرار.

وفيهما: الحجة لنا في ذلك: قوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا﴾ [النساء:٩٣] الآية، فهذا يقتضي أن يكون المذكور في الآية جميع جزائه، ولو أوجبنا عليه الكفارة؛ كان المذكور بعض جزائه، فيكون نسخًا لذلك الحكم؛ لأن المعلق بالشرط كل جزائه، وبالزيادة يصير بعض جزائه.

ولا وجه لحمل الآية على المستحل؛ لأن المذكور فيها جزاء قتل العمد، فلو حمل على المستحل؛ كان المذكور جزاء الردة.

وأما تأويل الخلود: على معنى أنه عامله بعدله، أو يحمل على معنى تطويل المدة مجازا له، يقال: خلد فلان في السجن؛ إذا طالت المدة.

وعند الشافعي: الحكم المعلق بشرط، أو مخصوص بوصف؛ يوجب[٢] النفي عند عدم الشرط أو الوصف، والكفارة معلقة بشرط الخطأ، أو بوصف الخطأ في الآية، ومع ذلك لا يقول به.

قوله: (وشبه العمد).

وفي المبسوط: سمي به هذا الفعل الذي لا يوجب القود شبه العمد، أي: خطأ شبه العمد؛ لما فيه من معنى العمد بالنظر إلى قصد الفاعل إلى الضرب، ومعنى الخطأ باعتبار انعدام[٣] قصد القتل، وبالنظر إلى الآلة التي استعملها هي آلة الضرب، للتأديب دون القتل، والعامل إنما يقصد إلى كل فعل بآلته، فكان

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٨٦).
(٢) في الأصل: (يوصف) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (العدم) والمثبت من النسخة الثانية.

أُجْرِيَ مُجْرَى السِّلَاحِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ: إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ، أَوْ بِخَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ: فَهُوَ عَمْدٌ. وَشِبْهُ العَمْدِ: أَنْ يَتَعَمَّدَ ضَرْبَهُ بِمَا لَا يُقْتَلُ بِهِ غَالِبًا؛ لِأَنَّهُ يَتَقَاصَرُ مَعْنَى العَمْدِيَّةِ بِاسْتِعْمَالِ آلَةٍ صَغِيرَةٍ لَا يُقْتَلُ بِهَا غَالِبًا،

ذلك خطأ يشبه العمد(١).

ثم لا قود في شبه العمد بلا خلاف. وعن مالك في رواية: إن قصد القتل يجب القود، والخلاف في تفسيره.

وفي الأوضح: شبه العمد عند أبي حنيفة - رحمه الله -: أن يتعمده بكل آلة لم توضع للقتل. وعندهما: بكل آلة لا تقتل غالبًا.

قال صاحب المجتبى: يشترط عند أبي حنيفة: أن يقصد التأديب دون الإتلاف.

وعندهما: إن كان متعمدًا بما كان الإتلاف غالبًا؛ فعمد محض.

وعند الشافعي، ومالك، وأحمد: بكل آلة أو فعل لا يصلح للقتل.

ولو ضربه بسوط صغير سوطًا أو سوطين فمات؛ فهو شبه العمد عند الكل؛ لوجود ما هو بمعنى شبه العمد عند الكل؛ لأن عند الشافعي: أمارة العمدية هو الفعل الصالح للموت غالبًا، وعندهما: الآلة التي لا تلبث، وعند أبي حنيفة: الآلة الموضوعة للقتل، وكل ذلك مفقود هنا.

ولو ضربه بسوط صغير، ووالى في الضربات إلى أن مات، فإن كان جملة ما والى، بحيث يقتل مثله غالبًا؛ فهو عمد محض على قولهما، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال بعض المشايخ: هو شبه العمد على قولهما، كقول أبي حنيفة.

ولو ألقاه من جبل أو سطح، أو غرقه في الماء؛ فهو شبه عمد عند أبي حنيفة، خلافًا لهما وللأئمة الثلاثة.

ولو خنقه فمات؛ هو شبه عمد لا قصاص فيه، إلا أن يكون معروفًا بذلك.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٦٥).

لِمَا أَنَّهُ يَقْصِدُ بِهَا غَيْرَهُ كَالتَّأْدِيبِ وَنَحْوِهِ فَكَانَ شِبْهَ العَمْدِ، وَلَا يَتَقَاصَرُ بِاسْتِعْمَالِ آلَةٍ لَا تَلْبَثُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِهِ إِلَّا القَتْلَ كَالسَّيْفِ، فَكَانَ عَمْدًا مُوجِبًا لِلْقَوَدِ، وَلَهُ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَأِ العَمْدِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِن

وعند الأئمة الثلاثة: أنه يجب القود.

وفصَّل بعض أصحاب الشافعي، إن خنقه زمانًا يموت في مثله غالبًا؛ يجب القود، وإلّا لا. والأصح عنده: أنه يجب القود بالخنق مطلقًا.

ولو حبس إنسانًا، ومنعه الطعام والشراب حتى مات جوعًا وعطشًا؛ لا يجب عليه شيء عند أبي حنيفة. وعندهما: تجب الدية، [وبه][1] قال الشافعي في وجه.

وقال في الأصح: يجب القود؛ لأن عنده المسبب كالمباشر.

وعندهما: لما كان مسببًا لتلفه؛ تجب الدية لا القود.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يقول: هذا منع ما يدفع الهلاك عن نفسه، وهذا لا يعد سببًا إلى التلف. كذا في الذخيرة، والمغني.

ثم في شبه العمد الدية لا القود عند [٢/ ٤٦٥/ب] أكثر الفقهاء، وأكثر التابعين، وأكثر الصحابة.

وعند أصحاب الظاهر: أن القتل نوعان: عمد، وخطأ. وفي العمد القود، وفي الخطأ الدية.

قال ابن حزم: ما تمسك الحنفيون والشافعيون في شبه العمد ضعيف، وبَيَّنَ وجهه: بأن راويه مطعون. وهذا غاية تعصبه وسفاهته؛ لما قلنا: إن كل ما ذكره طعن فيهم، وهو لا يعتبر.

ولمالك في شبه العمد روايتان، في إحداهما قال: القتل نوعان: عمد، وخطأ، فعلى هذا في شبه العمد قود عنده. وفي رواية: شبه عمد تجب فيه الدية.

قوله: («**قتيلُ السَّوطِ والعَصَا**»)[2] وفي رواية: «**قتيلُ السَّوطِ والحَجَرِ**». قاله عليه الصلاة والسلام في خطبته يوم فتح مكة. ذكره الطحاوي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) سبق تخريجه.

الإِبِلِ» وَلِأَنَّ الآلَةَ غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِلْقَتْلِ وَلَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُ اسْتِعْمَالُهَا عَلَى

وعن النعمان بن بشير، أنه عليه الصلاة السلام قال: «**كُلُّ شيءٍ خطأٌ إلّا السّيفُ، ولِكُلِّ خَطإٍ أرشٌ**»، وفي رواية عنه: قال عليه الصلاة والسلام: «**كُلُّ شَيءٍ خطأٌ إلَّا الحديدَ**»[١].

وروى الطحاوي عن علي أنه قال: "شبه العمد: بالعصا والحجر الثقيل، وليس فيهما قود"، والصحابة اتفقوا على شبه العمد حين أوجبوا فيه دية مغلظة، مع اختلاف منهم في صفة التغليظ. والتمسك: أنه عليه الصلاة والسلام لم يفصل بين الصغير والكبير، فهو عليهما عملًا بالإطلاق.

وروى الطحاوي عن المُغيرة بن شعبة: أن امرأتين ضربت إحداهما الأخرى بعود فُسْطَاطٍ، فقضى عليه الصلاة والسلام الدية على عَصَبَةِ القاتلة. متفق عليه[٢]، وهو حديث حَمَلِ بن مالك في الغُرَّة - كما يجيء -، فلم يفصل النبي ﷺ.

والظاهر: أن عود الفسطاط لا يلبث.

وفي حديث حجاج بن أرطاة، أن رجلًا قتل رجلًا على عهد رسول الله ﷺ بالحجارة، فقضى عليه بالدية، ولم يفصل بين الصغير والكبير. كذا في المبسوط[٣].

قوله: (ولأن الآلة غير موضوعة) إلى آخره.

في المبسوط: والمعنى: أن هذه الآلة لا تجرح ولا تقطع، فالقتل بها لا يكون موجبًا للقود، كالقتل بعصا الصغير، بحقيقة أن وجوب القود يختص بقتل هو عمد محض، وصفة التمحض: أن يباشر القتل بآلة جارحة موضوعة للقتل، حتى يؤثر في الظاهر والباطن؛ إذ قوام الآدمي بهما، وإذا كان بآلة تعمل في الباطن دون الظاهر؛ فلا يكون قتلًا من كل وجه، والثابت من وجه دون وجه

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) أخرجه البخاري (٩/ ١١ برقم ٦٩٠٥)، ومسلم (٣/ ١٣١٠ برقم ١٦٨٢) من حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٢٢).

غِرَّةٍ مِن المَقْصُودِ قَتْلُهُ، وَبِهِ يَحْصُلُ القَتْلُ غَالِبًا فَقُصِرَتِ العَمْدِيَّةُ نَظَرًا إِلَى الآلَةِ، فَكَانَ شِبْهُ العَمْدِ كَالقَتْلِ بِالسَّوْطِ وَالعَصَا الصَّغِيرَةِ. قَالَ: (وَمُوجِبُ ذَلِكَ عَلَى القَوْلَيْنِ الإِثْمُ)؛ لِأَنَّهُ قَتْلٌ وَهُوَ قَاصِدٌ فِي الضَّرْبِ (وَالكَفَّارَةُ) لِشَبَهِهِ بِالخَطَأِ (وَالدِّيَةُ

قاصر، فلا يصلح أن يجب به ما يندرئ بالشبهات، فلهذا أوجب الدية[1].

ولأن آلة القتل الحديد، قال تعالى: ﴿فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥]، والمراد: القتل، وكذلك خزائن الملوك تكون من الحديد، أما الخشب والأحجار للأبنية ونحوها من المنافع لا للقتل، والحديد هو المستعمل للقتال؛ ألا ترى إذا حصل القتل به وجب القود، صغيرًا كان أو كبيرًا، حتى لو غرز بإبرة في مقتله يلزمه القود، وما سوى الحديد الصغير لا يوجب القود، والفعل لا يتم إلا بآلته، فبقصور في الآلة منه لا يوجب القود، فعلى هذا: الضرب بمثقل الحديد موجب القود؛ لعدم قصور في الآلة أيضًا؛ لأن الحديد في كونه آلة للقتل منصوص عليه، فيعتبر عين المنصوص، وفي غيره المعتبر المعنى، فيعتبر كونه محددًا، كما في شق العصا، والمروة، وليطة القصب.

وعلى الطريق الأول: لا يجب القود إلا بما هو محدد، الحديد وغيره فيه سواء؛ لاشتراط الجرح فيه، وهو رواية الطحاوي عنه.

(وبه)؛ أي: بالاستعمال على غيره.

قوله: (فقصرت العمدية نظرًا إلى الآلة)؛ يعني: القصد إلى القتل أمر باطن لا يوقف عليه، فأقام[2] الشرع الضرب بآلة وضعت للقتل مقام القصد إلى القتل، وأقام الضرب بآلة وضعت للتأديب مقام عدم القصد، فسقط اعتبار حقيقة القصد، واعتبر السبب القائم مقامه. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (والكفارة لشبهه بالخطأ)؛ أي: بالنظر إلى الآلة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، إلا أن عند أحمد ومالك: لا تجب الكفارة في صورة وجوب القود عندهما.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٢٢).
(٢) في الأصل: (مقام) والمثبت من النسخة الثانية.

مُغَلَّظَةٌ عَلَى العَاقِلَةِ) وَالأَصْلُ: أَنَّ كُلَّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِالقَتْلِ ابْتِدَاءً لَا بِمَعْنًى يَحْدُثُ مِن بُعْدٍ فَهِيَ عَلَى العَاقِلَةِ اعْتِبَارًا بِالخَطَأِ، وَتَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِقَضِيَّةِ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رضي الله عنه، وَتَجِبُ مُغَلَّظَةً، وَسَنُبَيِّنُ صِفَةَ التَّغْلِيظِ مِن بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَيَتَعَلَّقُ بِهِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ)؛ لِأَنَّهُ جَزَاءُ القَتْلِ، وَالشُّبْهَةُ تُؤَثِّرُ فِي سُقُوطِ القِصَاصِ دُونَ حِرْمَانِ المِيرَاثِ، وَمَالِكٌ: وَإِنْ أَنْكَرَ مَعْرِفَةَ شِبْهِ العَمْدِ فَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ.

[ثَالِثاً: القَتْلُ الخَطَأُ]

قَالَ: (وَالخَطَأُ عَلَى نَوْعَيْنِ: خَطَأٌ فِي القَصْدِ، وَهُوَ: أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيْدًا، فَإِذَا هُوَ آدَمِيٌّ، أَوْ يَظُنُّهُ حَرْبِيًّا فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ، وَخَطَأٌ فِي الفِعْلِ، وَهُوَ: أَنْ

وفي الإيضاح: وجدت في كتب أصحابنا: أن لا كفارة في شبه العمد عند أبي حنيفة -رحمه الله-؛ لأن الإثم كامل مبناه، وتناهيه يمنع شرع الكفارة؛ لأن ذلك من باب التخفيف، والشبهة إنما تؤثر في سقوط القود الذي يسقط بالشبهة، لا فيما وراء ذلك، ولهذا يحرم عن الميراث.

وفي الكافي: والصحيح: أنها تجب عنده. ذكره الطحاوي والجصاص؛ لأنه دخل تحت قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] الآية.

قوله: (لا بمعنى يحدث من بعد): كالواجب بالصلح، وبحرمة الأبوة، وبإقرار القاتل بالقتل الخطأ؛ فإنه يجب في مال القاتل والمقر.

(فالحجة عليه)؛ أي: على مالك **(ما أسلفنا)** وهو قوله [٢/٤٦٦/أ] عليه الصلاة والسلام: «**أَلَا إِنَّ قتيلَ خَطإِ العمدِ**»[(١)(٢)] وقد بينا قول مالك، وأصحاب الظاهر.

وقوله: (ما أسلفناه)؛ إشارة إلى قوله: **(تجب في ثلاث سنين بقضية عمر)** ويجيء بيان الخلاف في الديات.

---

(١) في الأصل: (العبد) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) سبق تخريجه.

يَرْمِيَ غَرَضًا فَيُصِيبَ آدَمِيًّا، وَمُوجَبُ ذَلِكَ الكَفَّارَةُ، وَالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢] الآيَةَ، وَهِيَ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلَا إِثْمَ فِيهِ) يَعْنِي فِي الوَجْهَيْنِ، قَالُوا: المُرَادُ إِثْمُ القَتْلِ، فَأَمَّا فِي نَفْسِهِ فَلَا يَعْرَى عَنِ الإِثْمِ مِن حَيْثُ تَرْكُ العَزِيمَةِ وَالمُبَالَغَةُ فِي التَّثَبُّتِ فِي حَالِ الرَّمْيِ، إِذْ شَرْعُ الكَفَّارَةِ يُؤْذِنُ بِاعْتِبَارِ هَذَا المَعْنَى (وَيُحْرَمُ مِنَ المِيرَاثِ)؛ لِأَنَّ فِيهِ إِثْمًا، فَيَصِحُّ تَعْلِيقُ الحِرْمَانِ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَعَمَّدَ الضَّرْبَ مَوْضِعًا مِن جَسَدِهِ فَأَخْطَأَ فَأَصَابَ مَوْضِعًا آخَرَ فَمَاتَ، حَيْثُ يَجِبُ القِصَاصُ؛ لِأَنَّ القَتْلَ قَدْ وُجِدَ بِالقَصْدِ إِلَى بَعْضِ بَدَنِهِ، وَجَمِيعُ البَدَنِ كَالمَحَلِّ الوَاحِدِ.

[رَابِعًا: مَا أُجْرِيَ مَجْرَى الخَطَأِ مِنَ القَتْلِ]

قَالَ: (وَمَا أُجْرِيَ مُجْرَى الخَطَأِ مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى رَجُلٍ فَيَقْتُلُهُ: فَحُكْمُهُ حُكْمُ الخَطَأِ فِي الشَّرْعِ).

قوله: (فأصاب موضعًا آخر).

في الذخيرة: قصد أن يضرب يد رجل، فأصاب عنقه؛ فهو عمد وفيه القود. ولو أصاب عنق غيره؛ فهو خطأ.

قال صاحب المجتبى: وهذا يبين أن قصد القتل ليس بشرط لكونه عمدًا.

قوله: (فحكمه)؛ أي: حكم انقلاب النائم **(حكم الخطأ)**؛ لأنه لا يتصور القصد من النائم، حتى يتصور منه ترك القصد، أو ترك التحرز، لكن الانقلاب الموجب لتلف ما انقلب عليه يتحقق، فكان كالخطأ في إيجاب الدية. كذا في جامع المحبوبي.

وفي المبسوط: وإنما وجب عليه الدية لوجود التلف منه، ووجوب الكفارة وحرمان الميراث؛ لجواز أن يكون تناوم ولم يكن نائمًا حقيقة، وهذا الوهم يكفي لترك التحرز، ويمكنه أن يتحرز بنومه في موضع لا يصير بالانقلاب قاتلًا، فكان كالخطأ[1].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٠٤).

[خَامِساً: القَتْلُ بِسَبَبٍ]

(وَأَمَّا القَتْلُ بِسَبَبٍ كَحَافِرِ البِئْرِ وَوَاضِعِ الحَجَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ: وَمُوجِبُهُ إِذَا تَلِفَ فِيهِ آدَمِيٌّ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ)؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ التَّلَفِ، وَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ، فَأُنْزِلَ مَوْقِعًا دَافِعًا، فَوَجَبَتِ الدِّيَةُ (وَلَا كَفَّارَةَ فِيهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُلْحَقُ بِالخَطَإِ فِي أَحْكَامِهِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَنْزَلَهُ قَاتِلًا. وَلَنَا: أَنَّ القَتْلَ مَعْدُومٌ مِنْهُ حَقِيقَةً، فَأُلْحِقَ بِهِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ عَلَى الأَصْلِ، وَهُوَ إِنْ كَانَ يَأْثَمُ بِالحَفْرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَا يَأْثَمُ بِالمَوْتِ عَلَى مَا قَالُوا، وَهَذِهِ كَفَّارَةُ ذَنْبِ القَتْلِ وَكَذَا الحِرْمَانُ بِسَبَبِهِ (وَمَا يَكُونُ شِبْهَ عَمْدٍ فِي النَّفْسِ، فَهُوَ عَمْدٌ فِيمَا سِوَاهَا)؛ لِأَنَّ إِتْلَافَ

وفي الأَصَحّ: ولو وقع من سطح على إنسان فقتله، أو كان على دابة فأوطأت إنسانًا فمات، أو كان في يده لبنة أو خشبة، فسقط على إنسان فقتله؛ فهذا مثل النائم، ينقلب لكونه قتل معصوم، فأجري مجرى الخطأ.

قوله: (وقال الشافعي: **يُلحق بالخطأ**) فتجب الكفارة، ويحرم عن الميراث، وبه قال مالك، وأحمد.

(لأن الشرع أنزله قاتلًا) في الضمان، فكان كالمباشرة، وهذا كما لو أوطأت دابته إنسانًا؛ فعندهم المسبب كالمباشر.

ولنا: أنه ليس بمباشر للقتل حقيقة؛ لأن مباشرة القتل اتصال فعل من القاتل بالمقتول، ولم يوجد، وإنما اتصل فعله بالأرض، وإنما ألحق المسبب بالمباشر في حق الضمان؛ صيانة للدم عن الهدر على خلاف الأصل، فبقي في حق الكفارة، وحرمان الميراث على الأصل، نعم هو يأثم بالحفر في ملك غيره على ما قالوا، ولكن لا يأثم بالموت، وهذا كفارة ذنب القتل.

(وكذا الحرمان بسببه)؛ أي: بسبب القتل.

فإن قيل: هو قاتل شرعًا في حق الدية، فينبغي أن يكون قاتلًا في الكفارة وحرمان الميراث.

قلنا: الكفارة جزاء القتل، والقتل معدوم؛ لما ذكرنا أن فعله لم يتصل بالمقتول، أما الدين ضمان المحل لا يعتمد الفعل، بل يعتمد عصمة المحل،

النَّفْسِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ، وَمَا دُونَهَا لَا يَخْتَصُّ إِتْلَافُهُ بِآلَةٍ دُونَ آلَةٍ.

بَابُ مَا يُوجِبُ القَصَاصَ وَمَا لا يُوجِبُهُ

قَالَ: (القِصَاصُ وَاجِبٌ بِقَتْلِ كُلِّ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ إِذَا قُتِلَ عَمْدًا) أَمَّا

كما في العاقلة يضمنون الدية بدون المباشرة، لا الكفارة.

فإن قيل: الإثم موضوع في الخطأ مع أنه موجب للكفارة.

قلنا: نعم الإثم مرفوع لعذر الخطأ، لكن نفس القتل ثابت، أما هاهنا نفس القتل غير ثابت. وفيه نوع تأمل.

قوله: (**يختلف باختلاف الآلة**)؛ لأن القتل إزهاق الحياة، وهي غير محسوسة، فيكون القصد إليه بالضرب بالسلاح؛ لما ذكرنا أن القصد أمر مبطن، ويعلم بالضرب بالآلة القاتلة، أما الجرح ففعل محسوس، ولا يختلف بالآلة، فكان الضرب بالخشب والسوط فيما دون النفس عمدًا؛ باعتبار الإتلاف والضرب جميعًا، أما في النفس بقصد التأديب؛ فلا يكون عمدًا محضًا. كذا في المبسوط[1]، والذخيرة، ولا يعلم فيه خلاف.

بَابُ مَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ وَمَا لَا يُوجِبُ

لما فرغ من بيان أنواع القتل؛ شرع في بيان ما يوجب القصاص، وما لا يوجب.

يقال: حقن دمه؛ إذا منعه أن يسفك من حد دخل.

وسمي القصاص قودًا؛ لأن المقتص منه في الغالب يربط منه، ويقاد[2] إلى القتل، فسمى القتل قودًا.

وقوله: (**على التأبيد**)؛ احتراز عن المستأمن، ولا يشكل بقتل الأب ابنه؛ فإنه قتل مسلم لمسلم محقون الدم، مع أنه لا يجب القصاص؛ لأن ذلك من العوارض، فلا يدخل تحت القواعد، والكلام في الأصول لا في العوارض.

ولأن القصاص واجب، ولكن سقط لحرمة الأبوة؛ كسقوطه بالصلح

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٢٤).

(٢) في الأصل: (يربطه منه ويقود) والمثبت من النسخة الثانية.

العَمْدِيَّةُ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا حَقْنُ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ فَلِتَنْتَفِيَ شُبْهَةُ الإِبَاحَةِ وَتَتَحَقَّقَ المُسَاوَاةُ. قَالَ: (وَيُقْتَلُ الحُرُّ بِالحُرِّ وَالحُرُّ بِالعَبْدِ) لِلْعُمُومَاتِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله:

والعفو، فإنه ذكر في المبسوط: والولد شهيد لا يغسل. وقال في موضع آخر: وفي غسله روايتان، عن أبي يوسف: يغسل؛ لأن القتل موجب للمال. وفي الظاهر: لا يغسل؛ لأن وجوب المال باعتبار انعدام الأهلية للقصاص[1].

قوله: (وتتحقق المساواة) بين القاتل والمقتول، ولا يشكل ما إذا قتل المستأمن المسلم أو الذمي؛ حيث يقتل المستأمن قصاصًا مع عدم المساواة بينهما؛ لأن هذا تفاوت نقصان، فكان وجوب القصاص فيه بالطريق الأولى.

قوله: (والحر بالعبد): وكذا بالأمة [٢/٤٦٦/ب]، ولكن لا يقتل بعبد نفسه عندنا.

وقال النخعي، وداود: يقتل بعبد نفسه أيضًا؛ لما روى الحسن عن سمرة، أنه عليه الصلاة السلام قال: «**مَن قتلَ عبدَهُ قتلناهُ، ومَن جدَعَهُ جدَعْناهُ**»[2].

وقلنا: الحسن ما سمعه من سمرة، ولئن صح؛ كان محمولًا على الزجر دون إرادة الإيقاع.

وقيل: هذا منسوخ، بدليل سقوط القصاص في الأطراف بين الحر والعبد بالإجماع؛ لأن الحكمين ثبتا معًا ونسخا معًا.

وقال الشافعي، ومالك، وأحمد: لا يقتل الحر بالعبد، بل يضمن قيمته؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة:١٧٨]، وهذا يحتمل أن يكون تفسيرًا[3] للقصاص المذكور في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ﴾، فيكون بيانًا أن المساواة المعتبرة: أن يكون الحر بمقابل الحر، لا الحر بالعبد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٩٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ١٧٦ برقم ٤٥١٥)، والترمذي (٤/ ٢٦ برقم ١٤١٤)، والنسائي (٨/ ٢٠ برقم ٤٧٣٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٨ برقم ٢٦٦٣)، والحاكم (٤/ ٤٠٨ برقم ٨٠٩٨) من حديث سَمُرَةُ بن جُنْدُب رضي الله عنه.
قال الحاكم: صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الْبُخَارِيِّ وَلَمْ يُخَرِّجَاه.

(٣) في النسختين: (تفسير).

لَا يُقْتَلُ الحُرُّ بِالعَبْدِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨] وَمِنْ ضَرُورَةِ هَذِهِ المُقَابَلَةِ أَنْ لَا يُقْتَلَ حُرٌّ بِعَبْدٍ، وَلِأَنَّ مَبْنَى القِصَاصِ عَلَى المُسَاوَاةِ، وَهِيَ مُنْتَفِيَةٌ بَيْنَ المَالِكِ وَالمَمْلُوكِ، وَلِهَذَا لَا يُقْطَعُ طَرَفُ الحُرِّ بِطَرَفِهِ، بِخِلَافِ العَبْدِ بِالعَبْدِ؛ لِأَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ، وَبِخِلَافِ العَبْدِ حَيْثُ يُقْتَلُ بِالحُرِّ؛ لِأَنَّهُ تَفَاوُتٌ إِلَى نُقْصَانٍ. وَلَنَا: أَنَّ القِصَاصَ يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي العِصْمَةِ، وَهِيَ بِالدِّينِ، وَبِالدَّارِ ....

واحتج أصحاب الشافعي: بما روى ابن عباس: أنه عليه الصلاة السلام قال: «لَا يُقتَلُ حرٌّ بِعَبدٍ»(١).

قوله: (وهي)؛ أي: المساواة (منتفية بين المالك والمملوك)؛ لأن المالك قادر والمملوك عاجز، قال تعالى: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥]، ولا مساواة بين القادر والعاجز.

ولأن الرق موت حكمًا، حتى نسب المعتق بالولاء، فالولاء إلى المعتق، إليه أشار قوله ﷺ: «لا يَجزِي ولدٌ والداً؛ إلّا أن يَجِدَهُ...»(٢) الحديث.

والحرية حياة، ولا مساواة بين الحي والميت شرعًا.

(ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه): مع أن حرمة الطرف دون حرمة النفوس؛ إذ الأطراف تابعة للنفوس، فالنفس أولى أن لا تقتل(٣).

(لأنهما)؛ أي: العبدين (يتساويان) ولهذا يجري القصاص في الأطراف في العبد عند الأئمة الثلاثة.

(لأنه)؛ أي: التفاوت بينهما (تفاوت إلى نقصان) فيجوز أن يستوفى بالكامل دون عكسه، كما في الطرف.

قوله: (وهي)؛ أي: العصمة (بالدين)؛ أي: عند الشافعي (أو بالدار)؛

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٣ برقم ٣٢٥٢)، والبيهقي (٨/ ٦٣ برقم ١٥٩٣٩) من حديث عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما.
قال ابن الملقن: في هذا الإسناد ضعف؛ لأنه من طريق عثمان بن مِقْسَم البُرِّي، عن جُوَيْبِرٍ، عن الضَّحَّاكِ، عن ابن عباس، وعثمان كذَّبه يحيى وغيره، وجُوَيبر متروكٌ، والضَّحَّاك لم يدرك ابن عباس، فهو إذن ضعيفٌ منقطعٌ. البدر المنير (٨/ ٣٦٨).
(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١١٤٨ برقم ١٥١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٣) في الأصل: (تعقل) والمثبت من النسخة الثانية.

وَيَسْتَوِيَانِ فِيهِمَا، ....

أي: عندنا (ويستويان فيهما)؛ أي: في الدين والدار.

وفي المبسوط: لنا: قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة:١٧٨]، فهذا يقتضي القصاص في كل قتل إلا ما قام الدليل على منعه[١].

وقوله [تعالى][٢]: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ ذكر بعض ما اشتمله العام على موافقة حكمه، فلا يوجب تخصيص ما بقي؛ ألا ترى أنه كما قابل العبد بالعبد، قابل الأنثى بالأنثى، [ثم لا يمنع ذلك أن يقتل الذكر بالأنثى، فكذا هذا، وفي مقابلة الأنثى بالأنثى][٣] دليل على وجوب قتل الحرة بالأمة.

ثم فائدة التخصيص: سبب نزول الآية؛ وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن بني النضير تدعي الفضل، فقالوا: لا نرضى إلا أن يقتل الذكر منهم بالأنثى مِنّا، والحرُّ منهم بالعبد مِنّا، فنزلت ردًّا عليهم، وبيانًا أن الحر بمقابلة الحر، والعبد بمقابلة العبد، فكان اللام لتعريف العهد، لا لتعريف الجنس.

فإن قيل: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ إلى آخره، تفصيلًا لإطلاق صدر الآية؛ يؤيده: حديث ابن عباس كما ذكرناه، وما روي عن عليٍّ أنه قال: "من السنة ألا يقتل الحر بالعبد".

قلنا: هذا لا يكون تفسيرًا للإطلاق، حتى يرد إطلاق الآية، بل رد لقول العرب كما ذكرنا. ولأنه [لو][٤] كان تفصيلًا وتفسيرًا؛ ينبغي ألا يقتل الذكر بالأنثى، بل يقتل بالإجماع.

وما روي عن علي رضي الله عنه لا [يدل][٥] على سنة رسول الله ﷺ، فإن القياس من السنة، على أن محمدًا روى عنه بخلافه، وهو الصحيح.

ولأنه محمول على السيد إذا قتل عبده، فإنهم كانوا مختلفين في ذلك، فمنهم من يوجب القصاص، وهذا محمل حديث ابن عباس إن صح.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٣٠).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَجَرَيَانُ القِصَاصِ بَيْنَ العَبْدَيْنِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ شُبْهَةِ الإِبَاحَةِ، وَالنَّصُّ تَخْصِيصٌ بِالذِّكْرِ فَلَا يَنْفِي مَا عَدَاهُ. قَالَ: (وَالمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ) ....

وقيل: في سند حديثه جوهير، وهو ضعيف عند النقلة.

وأما قياس النفس على الطرف فغير صحيح؛ لأن وجوب القصاص هناك يعتمد المساواة في الجزء المبان، ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء، والرق ثابت في أجزاء الجسم، فتنعدم بسببه المساواة، ولا كذلك في النفوس؛ فإن الصحيح يقتصُّ بالزَّمِن، فأظهرنا أثر الرق في الأطراف دون النفوس؛ لما أن العبد من حيث النفس آدمي مكلف، خلق معصومًا من القتل؛ كرامة من الله تعالى على ما لزمه من حمل الأمانة، لتبقى بذلك العصمة، فيحملها ويؤديها. كذا في الأسرار، والمبسوط(١).

وعرف جواب قوله: (وهي منتفية بين المالك والمملوك)؛ يعني: المساواة تعتبر في حقن الدم على التأبيد فقط، ولا تعتبر من حيث المالكية، ولهذا يقتل الرجل بالمرأة، وهي في المالكية دون الرجل.

قوله: (وجريان القصاص بين العبدين) إلى قوله: (بانتفاء شبهة الإباحة) جواب عما يقال: الرق أثر الكفر، وحقيقة الكفر تورث شبهة إباحة دمه، ولهذا يقتل المسلم بالكافر مطلقًا عند الشافعي، فكذا أثره يورث شبهة الإباحة، فقال في جوابه: لا يورث شبهة [٢/ ٤٦٧/أ] الإباحة، بدليل جريان القصاص بين العبدين.

قوله: (فلا ينفي ما عداه)؛ أي: ما عدا المنصوص.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: فائدة التخصيص: جعل ما وراء المنصوص موكولًا إلى اجتهادنا، كتخصيص النبي ﷺ حكم الربا في الأشياء الستة.

قوله: (والمسلم بالذمي)؛ أي: يقتل المسلم بالذمي عندنا، خلافًا للشافعي، ومالك، وأحمد، وأبي ثور، والثوري، والأوزاعي، وزفر، وأصحاب الظاهر، وهو قول عطاء، والحسن البصري.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٣١).

خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، لَهُ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ» وَلِأَنَّهُ لَا مُسَاوَاةَ بَيْنَهُمَا وَقْتَ الجِنَايَةِ، وَكَذَا الكُفْرُ مُبِيحٌ، فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ. ....

وفي المبسوط: الخلاف فيما إذا كان القاتل حال [القتل][1] مسلمًا، أما لو قتل ذميٌّ ذميًّا، ثم أسلم القاتل؛ يقتص بالإجماع[2].

وعن مالك: إذا قتل المسلم الذمي غيلة؛ يقتل به؛ لما روي أن عثمان أمر به في هذه الصورة.

[الغيلة][3]: أن يخدع الرجل حتى يدخل بيته أو نحوه، فيقتله أو يأخذ ماله إن كان معه.

(له)؛ أي: للشافعي **(قوله عليه الصلاة والسلام)** الحديث.

قال الطحاوي: روي عن قيس بن عباد قال: انطلقت أنا والأشْتَر إلى عليّ، فقلنا: هل عهد إليك رسول الله ﷺ عهدًا لم يعهد إلى الناس عامة؟ قال: لا، إلا ما كان في كتابي هذا، فأخرج كتابًا من قِراب سيفه، فإذا فيه أنه ﷺ قال: «**المُؤمنونَ - وفي رواية: المُسلمونَ - تتكافأُ دماؤُهم، ويسعَى بذمَّتِهم أدناهُم، وهُم يدٌ علَى مَن سِواهُم، ولا يُقتَلُ مسلمٌ بكافرٍ، ولا ذو عَهدٍ في عهدِهِ، من أحدثَ حدثًا فعلَى نفسِهِ، ومن أحدثَ حدثًا أو آوَى مُحدِثًا؛ فعلَيهِ لعنةُ اللهِ والملائكةِ والناسِ أجمَعين**»[4].

ولأنه لا مساواة بين الكافر والمسلم وقت الجناية؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠].

ولأن الكفر من أعظم النقائص، والكافر كالميت، قال الله تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢]، ولا مساواة بين الميت من وجه والحي من كل وجه، والقصاص يبتني على المساواة، وقال تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٣١).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) سبق تخريجه.

وَلَنَا: مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَلَ مُسْلِمًا بِذِمِّيٍّ» ....

ولأن سبب إباحة دمه كفره، قال عليه الصلاة والسلام: «**أُمِرتُ أن أقاتِلَ الناسَ حتَّى يقولوا لَا إلهَ إلّا اللهُ**»[(١)]، وبعقد الذمة الكفر قائم، فأورث شبهة، كالملك؛ فإنه يبيح الوطء، فإذا وجد في الأخت لم يبح الوطء، وصار شبهة دارئة للحد.

(**ولنا: ما روي أنه عليه الصلاة والسلام**) إلى آخره: روى الدارقطني عن عبد الرحمن بن البيلماني، عن عمر[(٢)]: أنه عليه الصلاة والسلام قتل مسلمًا بمعاهد، ثم قال: «**أنا أحَقُّ من وفَّى بذِمَّتِهِ**»[(٣)]وروي أيضًا عن ربيعة [عن][(٤)] ابن البيلماني: أنه عليه الصلاة والسلام أقاد مسلمًا قتل يهوديًّا، وقال: «**أنا أحقُّ مَن وَفَى بِذِمَّتي**»[(٥)].

وروى أيضًا بإسناد آخر عن ابن البَيْلمانِيّ: أنه عليه الصلاة والسلام قتل رجلًا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة، وقال: «**[أنا]**[(٦)] أحقُّ مَن وَفَى بِذِمَّتِه»[(٧)] وهذه الأحاديث صريح في دعوانا، مؤيد بعمومات الكتاب.

وبما روي أن عبيد الله بن عمر لما قتل الهرمزان وصَفِيَّةُ[(٨)] النصرانيين، فلما استخلف عثمان اجتمع المهاجرون والأنصار، وفيهم علي، فقال عثمان: أشيروا علي في قتل عبيد الله، فاجتمع المهاجرون على قتله، فقال عمرو بن العاص: "يا أمير المؤمنين، أعرض عن ذلك؛ إنما كان ذلك أمرًا قبل

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ١٤ برقم ٢٥)، ومسلم (١/ ٥٣ برقم ٢٢) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) كذا بالنسخ الخطية، والصواب: (ابن عمر) كما هو في سنن الدارقطني (٤/ ١٥٦/ ٣٢٥٩).

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٦/ ٣٢٥٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٣٠ رقم ١٦٣٤١).
قال الدارقطني: لم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك الحديث، والصواب عن ربيعة، عن ابن البَيْلمانِيّ مرسل عن النبي ﷺ، وابن البَيْلمانِيّ ضعيفٌ لا تقوم به حُجَّة إذا وصَلَ الحديث فكيف بما يرسله، والله أعلم، وكذا ضعَّفه البيهقي.

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

(٥) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٧ برقم ٣٢٦٠).

(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٧) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٨ برقم ٣٢٦١).

(٨) في الأصل: (وخفته) والمثبت من النسخة الثانية.

....

مبايعتك" فمن المحال أن يكون المراد من قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يُقتلُ مسلمٌ بكافرٍ**»[١] كافر غير حربي، وإلا لا يشير المهاجرون وفيهم علي وعثمان على قتل عبيد الله.

وروى ابن ماجه عن ابن عباس أنه قال: «**لَا يُقتَلُ مسلمٌ بكافرٍ حَربِيٍّ**».

ثم حديث الخصم غير صريح في دعواه، بل قابل للتأويل، فإنه لا يمكن إجراؤه على عمومه بالإجماع، بأن قتل ذميٌّ ذميًّا ثم أسلم؛ يقتص بالإجماع.

وتأويله: أن المراد بالكافر: الكافر الحربي الذي دخل في دار الإسلام بالأمان، أو الحربي مطلقًا؛ لما روي عن سعيد بن جبير أنه قال: إنما قال رسول الله ﷺ «**لَا يُقتَلُ مسلمٌ بكافرٍ**» أن أهل الجاهلية كانوا يطالبون بالدماء، فلما جاء الإسلام قال عليه الصلاة والسلام: «**لا يُقتَلُ مسلمٌ بدمٍ أصابَهُ في الجَاهليةِ**».

والمراد من الحربي: من لا يحل قتله، كالنساء، والصبيان، والمراهقين، فإن المسلم لا يقتل بهم، بدليل «**ولا ذو عهدٍ في عهدِهِ**»[٢] أي: لا يقتل ذو عهد بالكافر الحربي.

فإن قيل: قوله: «**ولَا ذو عَهدٍ في عَهدِهِ**» ابتداء كلام؛ أي: لا يقتل ذو عهد في مدة عهده.

قلنا: الواو للعطف حقيقة، خصوصًا فيما لا يكون مستقلا بنفسه، وخبر الأول نفي القتل قصاصًا لا [٢/ ٤٦٧/ب] نفيُ مُطلقِ القتلِ، فيكون الثاني نفي القتل قصاصًا، وإلا لا مناسبة بين الجملتين، فيصير كقولهم: في عين الذباب جحوظ، وكُمُّ الخليفة في غاية الطول. فيكون ركيكًا. كذا في المبسوط[٣]، والأسرار.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: «**ولَا ذو عَهدٍ في عهدِهِ**» جملة ناقصة، فيكون خبره: خبر الجملة الكاملة، وخبر الكاملة في القتل قصاصًا، فيكون معناه: ولا

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٣٤).

....

يقتل ذو عهد بمطلق الكافر، وليس كذلك بالإجماع؛ فإن الذمي يقتل بالذمي بالإجماع.

فإن قيل: قد روي في بعض الروايات: «**ولَا بذِي عهدٍ في عَهدِه**»؛ أي: لا يقتل مسلم بكافر، ولا ذي عهد.

قلنا: هي رواية شاذة مجهولة، ولئن صح؛ فنقول: إنه معطوف على المؤمن لا الكافر، والجر على الجوار، كما في (جُحْر ضَبٍّ خَرِب)، والمراد بذي عهد: المستأمن، وبه نقول: إن المستأمن لا يقتل بالمستأمن.

قال ابن حزم وغيره: إن الدارقطني ما أسند عن ابن البيلماني غير إبراهيم بن يحيى[١]، وهو متروك الحديث، والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني، فهو مرسل، وابن البيلماني ضعيف.

قلنا: ليس كذلك؛ لأن ابن البيلماني ثقة، ذكره ابن حنبل في الثقات.

وقال غيره: إن روى عنه ابنه محمد لا تقبل روايته، وإن روى عنه غيره تقبل، وابن البيلماني رجل معروف من التابعين.

وأما إبراهيم بن أبي يحيى؛ فهو إبراهيم بن محمد بن سمعان الأسلمي، مولى بني أسلم، أحد الأئمة الأعلام، وقد وثقه الشافعي وغيره، فإذا ثبتت الروايتان[٢]؛ ثبتت صحة الأحاديث، فوجب القول به، سواء كان مسندًا أو مرسلًا، فإن المرسل حجة عندنا، ومالك، وأحمد، وأكثر العلماء، حتى قال محمد بن جرير الطبري: أجمع التابعون على قبول المرسل، ولم يزل الأمر كذلك إلى رأس المائتين، فحدث رد المرسل، حتى قيل: رد المرسل بدعة.

قال ابن عبد البر: من رد المرسل؛ فقد رد كثيرًا من السنن.

وعند الشافعي: يقبل المرسل إذا أسند من وجه، أو عضده قول الصحابي، أو أرسل من وجه آخر، وقد روي مرسلًا من وجوه أخر، رواه أبو داود، وراوي

---

(١) كذا بالأصول الخطية، والصواب: (إبراهيم بن أبي يحيى) كما سيأتي.
(٢) في النسختين: (الروايتين) والصواب المثبت.

وَلِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِي الْعِصْمَةِ ثَابِتَةٌ نَظَرًا إِلَى التَّكْلِيفِ وَالدَّارِ، وَالْمُبِيحُ كُفْرُ الْمُحَارِبِ

حديث الشافعي علي، وقد عمل بخلافه، ثبت ذلك بطرق كثيرة.

والشعبي أيضًا أحد رواة خبره، وهو قتل المؤمن بالذمي.

قال ابن حزم: ما روى عن الشعبي ذلك إلا ابن أبي ليلى، وهو سَيِّئُ الحفظ.

قيل: هذا غاية تعصبه وسفاهته؛ لأنه ما قال أحد من الثقات بسوء حفظ ابن أبي ليلى، وقد صح عن عمر وعثمان وعبيد الله بن عمر أنهم قتلوا مسلمًا بذمي، فعلم أن المراد بالكافر في حديثه: الكافر الحربي، مع أنا بينا أن بدون تأويل الكافر بالحربي لا يستقيم الكلام.

ولا يقال: لم لا تخصون الكافر بالحربي في قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يَرِثُ المسلمُ الكافِرَ**»[1] لأن مبنى الإرث على اتحاد الملة بالإجماع، فكل كافر يخالف ملة الإسلام، أما القصاص فمبناه على المساواة في أصل العصمة، والمسلم والذمي في ذلك سواء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**إنما بذَلَوا الجِزيةَ لِتكونَ دِماؤُهم كدِمائِنَا، وأموالُهُم كأموالِنَا**»[2] مع أن الكافر في حديث الإرث مُحلّى باللام، التي هي من صيغ العموم، وأما في مسألتنا ليس كذلك.

قوله: (ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظرًا إلى التكليف أو الدار)؛ يعني: مستحق البقاء لإقامة التكاليف، ولا يمكن من إقامتها إلا بأن يكون محرم التعرض، مدفوع أسباب الهلاك، والكفر ليس بمبيح للقتل بنفسه، بل بواسطة الحراب، وقد سقط الحراب بعقد الذمة، وصار من أهل دارنا، فلم يبق الكفر مبيحًا، ولهذا كفر المرأة لا يبيح القتل؛ لأنه غير باعث على الحراب؛ لأنها بنفسها غير صالحة له، والعصمة بالدار مؤثر في النفس والمال جميعًا، حتى

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٦ برقم ٦٧٦٤)، ومسلم (٣/ ١٢٣٣ برقم ١٦١٤) من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنهما.

(٢) قال الزَّيلعِيُّ: غريب، ووقَّفَهُ على سيدنا علي، ولم يرفَعْه إلى النبي ﷺ.
وأخرج الدارقطني (٤/ ١٧٩ برقم ٣٢٩٦) عن علي رضي الله عنه قال: من كانت له ذمتنا فدمه كدمائنا.
قال الدارقطني: في إسناده أبو الجَنُوب؛ وهو ضعيف الحديث.

دُونَ الْمُسَالِمِ، وَالقَتْلُ بِمِثْلِهِ يُؤْذِنُ بِانْتِفَاءِ الشُّبْهَةِ، وَالْمُرَادُ بِمَا رَوَى الْحَرْبِيُّ، لِسِيَاقِهِ، وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ وَالعَطْفُ لِلْمُغَايَرَةِ، قَالَ: (وَلَا يُقْتَلُ بِالْمُسْتَأْمَنِ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْقُونِ الدَّمِ عَلَى التَّأْبِيدِ، وَكَذَلِكَ كُفْرُهُ بَاعِثٌ عَلَى الحِرَابِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ ....

يجب القطع بسرقة مال الذمي، وحقن دمه أيضًا بعقد الذمة؛ لأنه خلف الإسلام، حتى يفترض ذلك إذا طلبوا منا كقبول الإسلام، والخلف يعمل عمل الأصل. كذا في المبسوط[١].

قوله: (والقتل بمثله) إلى آخره: قتل الذمي بالذمي دليل على أن كفره غير مبيح؛ إذ الشبهة تمكنت في محل لا يختلف باختلاف المتناول.

قوله: (والمراد بما روى)؛ يعني: الشافعي (الحربي) كما ذكرنا (بسياقه)؛ أي: بسياق الحديث، وقد بيناه.

وأما الجواب عن تمسكه بقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ﴾ [الحشر:٢٠] على عدم المساواة؛ وهو أن المراد بعدم المساواة: عدم المساواة في المعنى الخاص، وهو الفوز والنجاة، بدليل سياق الآية، وهو قوله ﴿أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ﴾، وإلا المساواة بينهما في بعض الوجوه ثابتة.

وكذا المراد [٢/٤٦٨/أ] من قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١] في حكم يوم القيامة، بدليل سياق الآية، وهو قوله تعالى: ﴿فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾ [البقرة:١١٣]، والآن نحن نشاهد استيلاءهم على المسلمين وأموالهم.

وكذا قوله تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام:١٢٢]؛ أي: ميتًا بحسب الاعتقاد وحكم الآخرة، لا بحسب أحكام الدنيا.

قوله: (لأنه)؛ أي: المستأمن (على قصد الرجوع) فكان كفره باعثًا على الحراب، وإنما ترك الحراب زمانًا لمصلحة، فلم يكن قتله حرامًا محضًا، فلا ينتهض[٢] سببًا لوجوب القصاص.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٣٤). (٢) في النسخة الثانية: (ينتقض).

(وَلَا يُقْتَلُ الذِّمِّيُّ بِالْمُسْتَأْمَنِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَيُقْتَلُ الْمُسْتَأْمَنُ بِالْمُسْتَأْمَنِ) قِيَاسًا لِلْمُسَاوَاةِ، وَلَا يُقْتَلُ اسْتِحْسَانًا لِقِيَامِ الْمُبِيحِ (وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ، وَالْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ، وَالصَّحِيحُ بِالْأَعْمَى وَالزَّمِنُ وَبِنَاقِصِ الْأَطْرَافِ وَبِالْمَجْنُونِ) لِلْعُمُومَاتِ، وَلِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ

وعن أبي يوسف: يقتل بالمستأمن؛ لحرمة قتله بالأمان لعقد الذمة.

وقوله: **(لما بينا)**؛ إشارة إلى قوله: **(«ولَا ذو عهدٍ في عهدِهِ»)**[1].

(ولا يقتل المستأمن بالمستأمن): وقياس الأئمة الثلاثة: يقتل.

وقد صرح في الأسرار قول الشافعي؛ لأن المستأمن حقن دمه بالأمان، كالذمي بعقد الذمة، فصارا متكافئين.

قوله: **(قياسًا)**؛ لأنهما حقنا دمهما[2] بالأمان، فصارا متكافئين، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(ولا يقتل استحسانًا لقيام المبيح)؛ وهو الكفر الباعث على الحراب؛ لما قلنا: أنه على قصد الرجوع.

قوله: **(ويقتل الرجل بالمرأة)** إلى قوله: **(للعمومات)**: وهو قول أكثر أهل العلم.

وعن عطاء، والحسن البصري: إذا قتل الرجل المرأة؛ فوليها إن شاء أخذ ديتها ستة آلاف درهم، وإن شاء دفع إلى ولي القاتل ستة آلاف وقتله. هكذا روي عن علي.

وذكر في الكشاف في تفسير قوله تعالى: ﴿وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰ﴾ [البقرة:١٧٨] قال مالك، والشافعي: لا يقتل الذكر بالأنثى. لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعي، ومالك.

والمراد من العمومات: قوله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ [المائدة:٤٥] وقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ﴾ [البقرة:١٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا﴾ [الإسراء:٣٣].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في الأصل: (ذمتهما) والمثبت من النسخة الثالثة.

التَّفَاوُتِ فِيمَا وَرَاءَ العِصْمَةِ امْتِنَاعَ القِصَاصِ، وَظُهُورَ التَّقَاتُلِ وَالتَّفَانِي. قَالَ: (وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِابْنِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِهِ» وَهُوَ بِإِطْلَاقِهِ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي ....

قوله: (ولا يقتل الرجل بابنه): والأم كالأب، وكذا الأجداد والجدات. وبه قال الشافعي، وأحمد.

(وقال مالك: إن ذبحه ذبحًا)؛ يعني: قصد قتله، أما لو رماه بالسيف والسكين ولم يرد قتله؛ فلا قصاص. هكذا ذكره في كتب أصحابنا، وأصحاب الشافعي.

وفي الجواهر المالكية: قال أشهب: لا يقتل الأب بابنه بكل حال للشبهة، وهو قوله ﷺ: «أنتَ ومالُكَ لِأبيكَ»[(١)].

والمذهب: إذا وقع على وجه تثبت فيه الشبهة؛ كما لو حذفه بسيف أو غيره فقتله، ثم ادعى أنه لم يرد قتله، بل أردت تأديبه؛ لا يقتل.

أما لو أضجعه فذبحه، أو شق جوفه، أو جز يده فقطعها، أو وضع إصبعه في عينه فأخرجها؛ فإنه يقتص في جميع ذلك، وكذا لو اعترف بقصد القتل.

وقال البتي، وداود، وابن المنذر، وابن الحكم: يقتل الأب بقتل ابنه؛ للعمومات.

ومالك يقول: القصاص يسقط بالشبهة، وفي غير الإضجاع وشق الجوف؛ الشبهة [قائمة][(٢)]، وادعاؤه يعتبر، ويسقط القصاص.

وقلنا: خص العمومات بقوله ﷺ: «لَا يقادُ الوالدُ بِولَدِهِ»[(٣)] كما خص قتل المولى بعبده بالإجماع، وبقوله ﷺ: «لَا يُقتَلُ السّيدُ بعبدِهِ»، وكما خص قتل الأب عبد ابنه عمدًا؛ فإنه لا يقتص بالإجماع.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٦٩ برقم ٢٢٩١) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
قال الزَّيلعِيُّ: قال ابن القطّان: إسناده صحيح. وقال المُنذريُّ: رجاله ثقات. نصب الراية (٣/ ٣٣٧).
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) سبق تخريجه.

قَوْلِهِ: يُقَادُ إِذَا ذَبَحَهُ ذَبْحًا، وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِإِحْيَائِهِ، فَمِن المُحَالِ أَنْ يُسْتَحَقَّ لَهُ إِفْنَاؤُهُ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ لَهُ قَتْلُهُ، وَإِنْ وَجَدَهُ فِي صَفِّ الأَعْدَاءِ مُقَاتِلًا أَوْ زَانِيًا وَهُوَ مُحْصَنٌ، وَالقِصَاصُ يَسْتَحِقُّهُ المَقْتُولُ، ثُمَّ يَخْلُفُهُ وَارِثُهُ، وَالجَدُّ مِن قِبَلِ الرِّجَالِ أَو النِّسَاءِ، ..

وما قال ابن المنذر: أن ما رووا في ذلك غير ثابت.

قلنا: ثابت؛ رواه ابن ماجه.

قال ابن عبد البر: حديث «**لَا يُقادُ والدٌ بولَدِهِ**» مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق، فيستغني عن الإسناد لشهرته.

وقوله: (يقاد): مجهول (يقيد) لا مجهول (يقاد).

قوله: (أو زانيًا وهو محصن)؛ أي: إذا وجد الأب زانيًا والأب محصنًا، أو وجده مرتدًّا؛ ليس للابن أن يقتله شرعًا.

وفي المبسوط، والأسرار: قوله ﷺ: «**أنتَ ومالُكَ لِأبيكَ**»[(١)] ظاهره: يوجب كونه مملوكًا لأبيه، ثم حقيقة الملك تمنع وجوب القصاص، كالمولى إذا قتل عبده، فكذا شبهة الملك باعتبار الظاهر. بخلاف ما لو زنى ببنته؛ حيث يجب الحد وإن كان رجمًا، كما لو زنى بأجنبية؛ لأن الحد محض حق الله تعالى، جزاء على ارتكاب ما هو حرام محض، فعند إضافة الولد إلى الوالد تزداد الحرمة، فلا يسقط الحد[(٢)].

ولو وطئ جارية الابن يسقط الحد؛ لأن إضافة الجارية بالملكية، وحقيقة الملك فيها توجب الحل، فظاهر الإضافة يوجب شبهة أيضًا.

ولأن اللام في قوله عليه الصلاة والسلام: «**أنتَ ومالُكَ لِأبيكَ**» لام تمليك، فإنما يوجب شبهة الملك فيما هو محل الملك، لا في الحرة.

قوله: (والقصاص) إلى آخره: جواب سؤال، وهو أن يقال: لو استوفى القصاص منه؛ لا يكون هذا [٢/٤٦٨/ب] استيفاء من الولد، فإن استيفاء القصاص يقع من وارث الولد، وهو ابنه مثلًا.

فقال: **(القصاص يستحقه المقتول)** أولًا **(ثم يخلفه وارثه)**؛ أي: يجب

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٩١).

وَإِنْ عَلَا فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الأَبِ، وَكَذَا الوَالِدَةُ وَالجَدَّةُ مِن قِبَلِ الأَبِ أَو الأُمِّ قَرُبَتْ أَوْ بَعُدَتْ لِمَا بَيَّنَّا، وَيُقْتَلُ الوَلَدُ بِالوَالِدِ لِعَدَمِ المُسْقِطِ، قَالَ: (وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِعَبْدِهِ، وَلَا مُدَبَّرِهِ، وَلَا مُكَاتَبِهِ، وَلَا بِعَبْدِ وَلَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَوْجِبُ لِنَفْسِهِ عَلَى نَفْسِهِ

للمقتول أولًا، ولهذا لو عفا المجروح يصح، فلما لم يكن للولد أن يقتل أباه قصاصًا؛ لم يكن لولده أن يقتل جده أيضًا، ولهذا لو كان ابنه عبدًا للغير، فقتله الأب؛ ليس لمولى العبد استيفاء القصاص؛ لأن وجوب القصاص بطريق الخلافة عن المقتول، فنزل منزلة وارثه، والوارث لا يملك الاستيفاء منه، فكذا المولى. كذا في المبسوط[١].

فإن قيل: لا يستقيم هذا على أصل أبي حنيفة؛ لأن القصاص بعد موت المورث للوارث ابتداء عنده؛ ألا ترى أن أحد الورثة لو برهن على القصاص عند غيبة الباقين؛ لم يثبت في حق الباقين عنده، حتى لو حضروا كلفوا على إقامة البينة.

قلنا: عنده يجب القصاص للمقتول من وجه؛ لأن السبب وجد في حقه، ولهذا يصح عفو المجروح، ويجب للوارث ابتداء من وجه؛ لأنه شرع لدرك الثأر، وتَشَفِّي الصدور، وإبقاءِ الحي، والكل يتحقق في حق الوارث لا في حق الميت، مع أنه لا يبقى أهلًا لاستحقاق شيء لموته، ولهذا قالوا: لو عفا الوارث صح عفوه، ولو كان يجب للميت ابتداءً لما صح، كما لو وجب قصاص لأبيه، وإبراء الغريم عن دينه حال حياته، وإذا كان كذلك؛ يجعل القصاص مستحقًّا للميت احتيالًا للدرء.

ثم على الآباء والأجداد الدية بقتل الابن عمدًا في مالهم، في ثلاث سنين عندنا، وسيجيئ في الديات.

قوله: (ويقتل الولد بالوالد)؛ لعدم الشبهة، وهو قول أكثر أهل العلم.

وحكي عن أحمد في رواية شاذة: أنه لا يقتل.

قوله: (ولا يقتل الرّجل بعبده).

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٢٦/ ٩٣).

الْقِصَاصَ وَلَا وَلَدِهِ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَا يُقْتَلُ بِعَبْدٍ مَلَكَ بَعْضَهُ؛ لِأَنَّ القِصَاصَ لَا يَتَجَزَّأُ. قَالَ: (وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَى أَبِيهِ سَقَطَ) لِحُرْمَةِ الْأُبُوَّةِ. قَالَ: (وَلَا يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ إِلَّا بِالسَّيْفِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُفْعَلُ بِهِ مِثْلُ مَا فَعَلَ إِنْ كَانَ فِعْلًا مَشْرُوعًا، فَإِنْ مَاتَ وَإِلَّا تُحَزُّ رَقَبَتُهُ؛ لِأَنَّ مَبْنَى الْقِصَاصِ عَلَى الْمُسَاوَاةِ، ....

إلى قوله: (أن القصاص لا يتجزأ) لا يعلم فيه خلاف.

قوله: (وقال الشافعي: يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلًا مشروعًا): وبقوله: قال مالك، وأحمد، وأصحاب الظاهر.

أما لو كان ذلك الفعل غير مشروع؛ بأن لاط بصبي، أو وطئ صغيرة حتى قتلها، أو سقاه خمرًا حتى مات؛ اختلف أصحابه: قيل: تجز رقبته، وفي اللواطة تتخذ آلة على مثل هذا للذكر، فيفعل به مثل ما فعل، وفي الخمر يسقى الماء حتى يموت.

وفي الحلية: والمذهب: أنه تجز رقبته(١).

وكذا لو أنهشه حية يقتل بقتلته، أو حبسه في بيت فيه سبع فافترسه، ففيما يقتص به وجهان.

ولو فعل به مثل ما فعل فلم يمت؛ ففيه قولان:

أحدهما: أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت، وبه قال مالك.

والثاني: أنه يعدل عنه إلى السيف.

واحتجوا بقوله: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل:١٢٦]، وقوله: ﴿فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤].

وبما روي عن أنس بن مالك أنه قال: إنّ جاريةً وُجِدَ رأسُها قد رُضَّ بين الحَجَرين، فسألوها من فعل بك هذا، أفُلانٌ، أفُلانٌ؟ حتى ذكروا يهوديًا، فأوْمَتْ برأسها، فأخذ اليهودي، فأقر، فأمر رسول الله ﷺ أن يُرَضَّ رأسه بالحجارة(٢).

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٧/ ٤٩٦).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٢١ برقم ٢٤١٣)، ومسلم (٣/ ١٣٠٠ برقم ١٦٧٢) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لَا قَوَدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ» ....

وإنما المعتبر في القصاص المساواة في الفعل والمقصود[١].

وقد روى البخاري أنه عليه الصلاة السلام قال: «**العَمدُ قَوَدٌ**»[٢]، والقود في لغة العرب: المعارضة بمثل ما ابتدأ به.

وبحديث العُرَنِيِّين، فإنهم سَمَلوا أعين الرِّعَاةِ، فسَمَلَ النَّبيُّ ﷺ أعيُنهُم[٣].
ولأن تحقق القصاص الذي ينبئ عن المساواة فيما ذكرنا؛ لأنه مساواة في الفعل، كما قال أبو حنيفة رحمه الله في القتل[٤] عمدًا بعد القطع؛ للمولى فعلهما، كما يجيء.

(**ولنا**): وبقولنا: قال أحمد في رواية (**قوله عليه الصلاة والسلام**: «**لَا قَودَ إلّا بالسّيفِ**»)[٥] رواه ابن ماجه.

ولا يجوز أن يكون معناه: لا قود يجب إلا بالسيف؛ لأن القود يجب بغير السيف بالإجماع، كما يقتل بالنار والسكين وغيرهما، فعلم أن السيف مخصوص بالاستيفاء.

ولأنه لو أريد به الوجوب لقال: إلا عن سيف؛ لأن (عن) لانتزاع الحكم عن السبب، كما في قوله عليه الصلاة والسلام: «**لَا صدقةَ إلّا عن ظَهْرِ غِنيً**»[٦]، «أدُّوا عمّن تَمُونُون»[٧][٨] والنار آلة الفعل، فعلم أن المراد الاستيفاء، أي: لا يستوفى إلا بهذه الآلة.

---

(١) كُررت هذه الكلمة مرتين بالأصل. (٢) سبق تخريجه.
(٣) أخرجه البخاري (١/ ٥٦ برقم ٢٣٣)، ومسلم (٣/ ١٢٩٦ برقم ١٦٧١) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.
(٤) في الأصل: (العقل) والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) أخرجه البخاري (٢/ ١١٢ برقم ١٤٢٧)، ومسلم (٢/ ٧١٧ برقم ١٠٣٤) بلفظ: «وخَيرُ الصّدقةِ عَن ظهرِ غِنيً» من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه.
(٧) في الأصل: (تموتون) والمثبت من النسخة الثانية.
(٨) أخرجه الدارقطني (٣/ ٦٧ برقم ٢٠٧٨)، والبيهقي (٤/ ٢٧٢ برقم ٧٦٨٥) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.
قال البيهقي: إسناده غير قوي.

وَالمُرَادُ بِهِ السِّلَاحُ، وَلِأَنَّ فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ اسْتِيفَاءُ الزِّيَادَةِ لَوْ لَمْ يَحْصُل المَقْصُودُ بِمِثْلِ مَا فَعَلَ فَيُحَزُّ، فَيَجِبُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ كَمَا فِي كَسْرِ العَظْمِ. قَالَ (وَإِذَا قُتِلَ المُكَاتَبُ

وقال ﷺ: «لَا يُعذِّبُ بالنارِ إلّا ربُّ النارِ»[(١)].

قوله: (والمراد به)؛ أي: بالسيف (السلاح) هكذا فهمت الصحابة.

وقال أصحاب ابن مسعود: لا قود إلا بالسلاح.

يؤيده: ما روي عن الحسن البصري والشعبي أنهما قالا: "لا قود إلا بالحديدة".

ولأن فيما ذهب إليه الخصم قتل الحيوان [٢/٤٦٩/أ] [صبرًا][(٢)]، وهو منهي عنه بالاتفاق.

(**ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزّيادة**)؛ يعني: أن المستحق بالقصاص إنما يستوفى بالطريق الذي تبين أنه طريق له، وجز الرقبة يتيقن بأنه طريق استيفاء، فأما قطع اليد أو الرجل أو غيرهما؛ فلا يكون طريقًا لذلك إلا بشرط السراية، وهو موهوم، وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتًا قبل الشرط، فقبل السراية لا يكون هذا الفعل مشروعًا، فضلًا أن يكون مستحقًّا، فيكون القطع زيادة على ما كان منه، وهو حرام، فيجب الحذر عنه، كما في كسر العظم؛ لا يجب القصاص فيه إلّا في السن، فلما جاز ترك القصاص أصلًا لتوهم الزيادة؛ فلأن يسقط البعض منه لتوهم الزيادة أولى. كذا في الأسرار، والمبسوطين[(٣)].

ولأن هذا قتل يستحق شرعًا، فيستوفى بالسيف كقتل المرتد، كما لو قتله باللواطة، وسقي الخمر، وكما لو قطع الطرف بآلة مسمومة؛ فإنه لا يستوفى بمثله.

وأما قوله تعالى: ﴿فَعَاقِبُواْ﴾ [النحل:١٢٦] الآية، فروى الطحاوي عن مِقسم عن ابن عباس، وعن أبي هريرة أنه عليه الصلاة السلام قال لما قتل حمزة ومُثِّلَ

---

(١) أخرجه البخاري بنحوه (٤/ ٦١ برقم ٣٠١٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٢٦).

عَمْدًا وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلَّا المَوْلَى، وَتَرَكَ وَفَاءً، فَلَهُ القِصَاصُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا أَرَى فِي هَذَا قِصَاصًا)؛ ....

به: «**لَئِنْ ظَفِرتُ بِهِم لَأُمثِّلَنَّ بِسَبعينَ رجلًا مِنهُم**»[1] فأنزل الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ﴾ الآية، فصبر رسول الله ﷺ وكفَّر عن يمينه، فعلم أن الآية نزلت في هذا المعنى، لا فيما ذكرتم.

وكذا قوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ﴾ [البقرة:١٩٤] يدل على المماثلة، لا الزيادة، وفيما قلتم الزيادة كما ذكرنا.

وأما حديث اليهودي بطريق السياسة؛ لأن اليهودي كان مشهورًا بذلك، فأمر برضخه عليه الصلاة والسلام لكونه ساعيًا في الأرض بالفساد، لا بطريق القصاص؛ إذ بإشارة الجارية برأسها لا يجب القصاص، وما قيل أن اليهودي أقر؛ فغير مشهور.

قيل: رواه مسلم.

قلنا: روى مسلم أنه ﷺ أمر برجم اليهودي حتى مات، فدل أن اليهودي قتل بغير ما قتل رجمًا؛ إذ الرجم قد يصيب الرأس وغيره، ولئن صح؛ نسخ بنسخ المثلة، كما نسخت في حديث العرنيين.

ومعنى قوله: «**العَمدُ قَوَدٌ**»[2] أي: موجب للقود، فهو مسلم، والقود يوجب المساواة مسلم، ولكن المساواة فيما ذكرنا، وهو الجواب عن قوله: (يوجب المساواة) قلنا: نعم، ولكن هي فيما ذكرنا، لا فيما ذكرت.

قوله: (فله)؛ أي: للمولى (القصاص) عندهما، وبه قالت الأئمة الثلاثة، إذا كان قاتله عبدًا، أما لو كان قاتله حرًّا؛ لا يجب القصاص على الحر بقتل العبد عندهم، وسواء ترك وفاء عندهم أو لا. وعندنا: إذا لم يترك وفاء لا يجب القصاص، كما يجيء.

---

(١) أخرجه الحاكم (٣/ ٢١٨ برقم ٤٨٩٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال الهيثمي: في إسناده صالح بن بشير المري؛ وهو ضعيف.
(٢) سبق تخريجه.

لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ سَبَبُ الِاسْتِيفَاءِ، فَإِنَّهُ الوَلَاءُ إِنْ مَاتَ حُرًّا، وَالمِلْكُ إِنْ مَاتَ عَبْدًا، وَصَارَ كَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ: بِعْنِي هَذِهِ الجَارِيَةَ بِكَذَا، وَقَالَ المَوْلَى: زَوَّجْتُهَا مِنْك، لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا لِاخْتِلَافِ السَّبَبِ كَذَا هَذَا. وَلَهُمَا: أَنَّ حَقَّ الِاسْتِيفَاءِ لِلْمَوْلَى بِيَقِينٍ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالحُكْمُ مُتَّحِدٌ، وَاخْتِلَافُ السَّبَبِ لَا يُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ وَلَا إِلَى اخْتِلَافِ حُكْمٍ فَلَا يُبَالَى بِهِ، بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ مِلْكِ اليَمِينِ يُغَايِرُ حُكْمَ النِّكَاحِ (وَلَوْ تَرَكَ وَفَاءً، وَلَهُ وَارِثٌ غَيْرُ المَوْلَى: فَلَا قِصَاصَ، وَإِنِ اجْتَمَعُوا مَعَ المَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ مَنْ لَهُ الحَقُّ؛ لِأَنَّهُ المَوْلَى إِنْ مَاتَ عَبْدًا، وَالوَارِثُ إِنْ مَاتَ حُرًّا إِذْ ظَهَرَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ ﷺ فِي مَوْتِهِ عَلَى نَعْتِ الحُرِّيَّةِ، أَوِ الرِّقِّ،

لهم: أنه قن، فوجب له القصاص كما قبل الكتابة، وكما لم يخلف وفاء.

قوله: (اشتبه سبب الاستيفاء)؛ فإن سبب استيفاء القصاص؛ الولاء إن مات حرًّا، والملك إن كان قنًّا، فصار كاختلاف المستحق فيما إذا مات وترك وفاء وله وارث.

قوله: (فلا يبالى به)؛ أي: فلا يعتبر اختلاف السبب؛ لعدم إفضائه إلى المنازعة، كما لو قال المقر: لك عليَّ ألف من ثمن عبد، وقال المقر له: لا، بل [من][1] قرض؛ تجب الألف على المقر.

(بخلاف تلك المسألة)؛ أي: مسألة الجارية؛ فإن ملك اليمين يثبت الحل تبعًا، والنكاح مقصودًا؛ فالحل الثابت مقصودًا غير الحل الثابت تبعًا، وتختلف أحكامهما، ولمَّا لم يتفقا على أحد الحكمين؛ لم يثبت الحل.

قوله: (فلا قصاص)؛ أي: باتفاق أصحابنا، خلافًا للأئمة الثلاثة.

قوله: (ظهر الاختلاف بين الصحابة) إلى آخره: قال علي وابن مسعود: يموت حرًّا [إذا أديت][2] كتابته، فيكون الاستيفاء لورثته.

وقال زيد بن ثابت: يموت عبدًا، وبه قال الشافعي، وأحمد، فيكون

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) بياض بالأصل مقدار كلمتين، والمثبت من النسخة الثانية.

بِخِلَافِ الأُولَى؛ لِأَنَّ المَوْلَى مُتَعَيِّنٌ فِيهَا (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَلَهُ وَرَثَةٌ أَحْرَارٌ: وَجَبَ القِصَاصُ لِلْمَوْلَى فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا)؛ لِأَنَّهُ مَاتَ عَبْدًا بِلَا رَيْبٍ، لِانْفِسَاخِ الكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مُعْتَقِ البَعْضِ إِذَا مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً؛ لِأَنَّ العِتْقَ فِي البَعْضِ لَا يَنْفَسِخُ بِالعَجْزِ (وَإِذَا قُتِلَ عَبْدُ الرَّهْنِ فِي يَدِ المُرْتَهِنِ لَمْ يَجِبِ القِصَاصُ حَتَّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالمُرْتَهِنُ)؛ لِأَنَّ المُرْتَهِنَ لَا مِلْكَ لَهُ فَلَا يَلِيهِ، وَالرَّاهِنُ لَوْ تَوَلَّاهُ لَبَطَل حَقُّ المُرْتَهِنِ فِي الدَّيْنِ فَيُشْتَرَطُ اجْتِمَاعُهُمَا لِيَسْقُطَ حَقُّ المُرْتَهِنِ بِرِضَاهُ. ....

الاستيفاء للمولى. (بخلاف الأولى)؛ أي: المسألة الأولى.

قوله: (بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء)؛ أي: لا يجب القصاص للمولى؛ لعدم عود ملك المولى بموته، فلا يليه. وبه قال القفال من أصحاب الشافعي.

وعلى هذا قول من قال: يتجزأ الإعتاق.

قوله: (لو تولاه)؛ أي: الراهن استيفاء القصاص (يسقط حق المرتهن في الدين)؛ لأنه يصير هالكًا بلا بدل، وليس له أن يتصرف على وجه يسقط حق الغير بلا بدل، فإذا اجتمعا كان للراهن أن يستوفي القصاص؛ لأن المرتهن رضي بسقوط حقه.

وفي العين، والجامع الصغير لفخر الإسلام وغيرهما: أنه لا يثبت لهما القصاص وإن اجتمعا؛ لما ذكرنا أن لكل حقًّا فيه، كما لو قتل عبد المكاتب، واجتمع المولى مع المكاتب، وتجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين.

وفي الإيضاح: إذا اجتمعا؛ للراهن أن يقتل عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: لا، لما ذكرنا.

وأبو حنيفة يقول: الجناية وقعت [٢/ ٤٦٩/ب] على ملك الراهن من كل وجه، فينفرد بالاستيفاء، إلا أن فيه حق المرتهن، فإذا رضي القصاص سقط دينه، وإذا قتل سقط دينه؛ لأن القصاص لا يصلح بدلًا عن المالية، فصارت المالية هالكة في ضمان المرتهن، لا إلى بدل، فيسقط الدين.

وقال الشافعي، وأحمد: استيفاء القصاص للراهن؛ لأنه هو المالك، فإذا

قَالَ: (وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ المَعْتُوهِ: فَلِأَبِيهِ أَنْ يَقْتُلَ)؛ لِأَنَّهُ مِن الوِلَايَةِ عَلَى النَّفْسِ، شُرِعَ لِأَمْرٍ رَاجِعٍ إِلَيْهَا، وَهُوَ تَشَفِّي الصَّدْرِ، فَيَلِيهِ كَالإِنْكَاحِ (وَلَهُ أَنْ يُصَالِحَ)؛ لِأَنَّهُ أَنْظَرُ

استوفى لم يجب للمرتهن عليه شيء عند الشافعي، وأحمد في رواية.

وقال أحمد في رواية: يجب عليه قيمته، فيكون رهنًا مكانه؛ لأنه أتلف مالًا استحق بسبب إتلاف الرهن، فيغرم قيمته.

وقلنا: لم يجب بالجناية مال، ولا استحق بحال.

قوله: (**وإذا قُتل ولي المعتوه**)؛ أي: قريبه (**فلأبيه**)؛ أي: لأب المعتوه [وهو][(١)] جد المقتول (**أن يقتل**) وبه قال مالك، وأحمد.

وقال الشافعي: لم يكن لوليه استيفاؤه؛ لأن فيه بطلان حق الصغير والمعتوه، بل ينتظر فيه بلوغ الصبي، وإفاقة المجنون، ويحبس القاتل، وكذا إذا كان وارث القود غائبًا.

(**لأنه**)؛ أي: استيفاء القصاص (**من الولاية على النفس**)؛ لأنه شرع للتشفي.

(**فيليه**)؛ الأب (**كالإنكاح**) لكن كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص؛ لأن القصاص للتشفي، وللأب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر بنفسه، فلذلك جعل التشفي الحاصل للأب كالحاصل للابن، بخلاف الأخ.

قوله: (**وله أن يصالح**)؛ أي: للأب أن يصالح، لكن هذا فيما إذا صالح على قدر الدية. ولو صالح بأقل منه؛ لم يجز الحط وإن قل، ويجب كمال [الدية][(٢)].

وقال الشافعي في المنصوص، وأحمد في رواية: لا يجوز؛ لأنه لا يملك إسقاط قصاصه.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: يجوز إذا كان الصغير والمجنون

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فِي حَقِّ الْمَعْتُوهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْفُوَ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّهِ (وَكَذَلِكَ إِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْمَعْتُوهِ عَمْدًا) لِمَا ذَكَرْنَا (وَالوَصِيُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَى نَفْسِهِ، وَهَذَا مِن قَبِيلِهِ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَ هَذَا الإِطْلَاقِ: الصُّلْحُ عَنِ النَّفْسِ، وَاسْتِيفَاءُ القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ، فَإِنَّهُ لَمْ يُسْتَثْنَ إِلَّا القَتْلُ، وَفِي كِتَابِ الصُّلْحِ: أَنَّ الوَصِيَّ لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي النَّفْسِ بِالِاعْتِيَاضِ عَنْهُ، فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الِاسْتِيفَاءِ، وَوَجْهُ المَذْكُورِ هَاهُنَا، أَنَّ المَقْصُودَ مِن الصُّلْحِ المَالُ، وَأَنَّهُ يَجِبُ بِعَقْدِهِ كَمَا يَجِبُ بِعَقْدِ الأَبِ بِخِلَافِ القِصَاصِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ التَّشَفِّي وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِالأَبِ وَلَا يَمْلِكُ العَفْوَ؛ لِأَنَّ الأَبَ لَا يَمْلِكُهُ لِمَا فِيهِ مِن الإِبْطَالِ فَهُوَ أَوْلَى، وَقَالُوا: القِيَاسُ أَن لَّا يَمْلِكَ الوَصِيُّ الِاسْتِيفَاءَ فِي الطَّرَفِ كَمَا لَا يَمْلِكُهُ فِي النَّفْسِ؛

محتاجًا إلى النفقة، ولا مال لهما؛ لحاجته إلى المال لحفظه[١].

وفي الحلية: قال بعض أصحابنا: إن كان وليه حاكمًا؛ لما صح عفوه؛ لأنه يحكم باجتهاده، وليس بشيء[٢].

وقوله: (لما ذكرنا)؛ إشارة إلى قوله: (لأنه من باب الولاية على النفس).

(لأنه)؛ أي: الوصي (ليس له ولاية على نفسه)؛ أي: نفس المعتوه (وهذا)؛ أي: استيفاء القصاص (من قبيله)؛ أي: من قبيل الولاية على النفس، على تأويل المذكور.

(ويندرج تحت هذا الإطلاق)؛ وهو قوله: (والوصي بمنزلة الأب).

(وأنه يجب بعقده)؛ أي: بعقد الوصي، وهذا يدل على أن صلح الرهن في النفس بالدية يجوز. كذا في جامع المحبوبي؛ لأنه يحصل مال بمقابلة ما ليس بمال، والوصي قائم مقام الأب فيه.

قوله: (قالوا)؛ أي: المشايخ (القياس: أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس).

---

(١) في الأصل: (ولا ما لهما حاجة إلى حفظه)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) حلية العلماء للشاشي (٧/ ٥٠٨).

لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مُتَّحِدٌ وَهُوَ التَّشَفِّي، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّ الْأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ، فَإِنَّهَا خُلِقَتْ وِقَايَةً لِلْأَنْفُسِ كَالْمَالِ عَلَى مَا عُرِفَ، فَكَانَ اسْتِيفَاؤُهُ بِمَنْزِلَةِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ، وَالصَّبِيُّ بِمَنْزِلَةِ الْمَعْتُوهِ فِي هَذَا، وَالْقَاضِي بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ فِي الصَّحِيحِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قُتِلَ وَلَا وَلِيَّ لَهُ يَسْتَوْفِيهِ السُّلْطَانُ، وَالْقَاضِي بِمَنْزِلَتِهِ فِيهِ. قَالَ: (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ أَوْلِيَاءُ صِغَارٌ وَكِبَارٌ، فَلِلْكِبَارِ أَنْ يَقْتُلُوا الْقَاتِلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، ....

وفي المحيط: وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو الأظهر على قولهما؛ لأنهما يجعلان الطرف كالنفس في حكم القصاص بالنكول. كذا في المبسوط.

وهو قول الشافعي، كما لا يملكه في النفس.

(وفي الاستحسان) وبه قال مالك، وأحمد.

وفي جامع أبي الليث: هذا إذا أدرك معتوهًا، فإن أدرك عاقلًا ثم عته؛ لا ولاية للوصي في ماله، ولا في نفسه على قول زفر، وعند أبي يوسف: حكمه حكم الذي أدرك معتوهًا سواء.

وفي المحيط، ومبسوط بكر: لو يجن ويفيق؛ فهو كالصحيح. ولو جن بعد القتل، إن كان هذا الجنون الحادث مطبقًا؛ يسقط القود.

وعن محمد: لو جن بعد القتل لا يقتل، وكذا لو عته بعد القتل. ولو قضي عليه بالقتل؛ لا يقتل قياسًا. وقال في موضع آخر: يقتل.

وعن أبي يوسف: قبل الرفع إلى الوالي؛ لا يقتل قياسًا، وبعد الرفع استحسانًا.

قوله: (والقاضي بمنزلته فيه) بمنزلة السلطان.

وفي المحيط: وقال أبو يوسف: ليس للسلطان أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام، كاللقيط، كما ليس له أن يعفو بغير مال؛ لأن الحق للمسلمين.

وقلنا: للسلطان ونائبه ولاية عامة، فيلي الاستيفاء.

قوله: (فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة)؛ [أي:][1] قبل بلوغ

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

وَقَالَا: لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ حَتَّى يُدْرِكَ الصِّغَارُ)؛ لِأَنَّ القِصَاصَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ وَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ البَعْضِ لِعَدَمِ التَّجْزِيءِ، وَفِي اسْتِيفَائِهِمْ الكُلَّ إِبْطَالُ حَقِّ الصِّغَارِ، فَيُؤَخَّرُ إِلَى إِدْرَاكِهِمْ، كَمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ الكَبِيرَيْنِ، وَأَحَدُهُمَا غَائِبٌ، أَوْ كَانَ بَيْنَ المَوْلَيَيْنِ، وَلَهُ: أَنَّهُ حَقٌّ لَا يَتَجَزَّأُ، ....

الصغار، وبه قال مالك، وأحمد في رواية، والليث بن سعد، وحماد بن سليمان[١]، والأوزاعي.

وزاد مالك وقال: إن كان [للمقتول][٢] ولد صغير وأخ كبير، أو أخت كبيرة؛ فللأخ أو للأخت أن يقتصّا قبل بلوغ الصغير.

وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي، وأحمد في الأظهر، وإسحاق، وعمر بن عبد العزيز، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى: ليس للكبار ذلك، حتى يدرك الصغير، ويفيق المجنون؛ لأن القصاص حق مشترك بينهم، فكان للكبار بعض الحق، والبعض لا يصلح للاستيفاء؛ لأن القتل غير متجزئ؛ لأنه تصرف في الروح، وذا [٢/ ٤٧٠/أ] لا يقبل الوصف بالتجزؤ.

(وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار) ولا ولاية للكبار على الصغار في [استيفاء][٣] حقهم، فيؤخر إلى بلوغهم، كما لو كان القصاص بين الكبيرين وأحدهما غائب، أو كان بين الموليين وأحدهما غائب.

صورته: معتق رجلين قتل، وأحد موليبه غائب؛ فليس للحاضر استيفاء القصاص حتى يحضر الغائب.

وفي المبسوط: عبد مشترك بين الصغير والكبير؛ فقيل: ليس للكبير استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالإجماع[٤].

(وله)؛ أي: لأبي حنيفة **(أنه)**؛ أي: القصاص **(حق لا يتجزأ)** كما بينا، والأصل: أن ما لا يتجزأ إذا وجد سببه كاملًا؛ يثبت لكل واحد على الكمال،

---

(١) كذا بالأصول الخطية، والصواب: (حماد بن أبي سليمان).
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٧٤).

لِثُبُوتِهِ بِسَبَبٍ لَا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الْقَرَابَةُ، ....

كما في ولاية الإنكاح، وولاية الأمان، وإذا كان كذلك؛ انفرد كل واحد باستيفائه.

وفي المبسوط: واستدل أبو حنيفة أيضًا بما روي أن الحسن بن علي قتل عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليًا، وفي أولاد عليٍّ صغار، ولم ينتظر بلوغهم(١).

والمعنى: أن القصاص يجب للورثة ابتداء بطريق الخلافة، ولهذا لو انقلب مالًا يثبت فيه حق الميت من قضاء حوائجه.

يؤيده: قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء:٣٣]، فقد بين أن القصاص للولي القائم مقام الميت، والقصاص لا يحتمل التجزؤ، فيتكامل في كل واحد، بمنزلة الأولياء في النكاح، ولهذا لو استوفى أحدهم؛ لا يضمن للباقين شيئًا ولا للقاتل، ولو لم يكن جميع القصاص ثابتًا له؛ لكان ضامنًا باستيفاء الكل، وهذا بخلاف ما لو عفا أحدهم؛ فإن الواجب بعد العفو المال للباقين، والمال يحتمل التجزؤ، فيظهر حكمه عند وجوب المال، وهذا لأنا لو بقَّينا القصاص بعد عفو أحدهما؛ كان من ضرورته تعدد القصاص الواجب في المحل، وهو غير متعدد في المحل.

فأما قبل العفو، لو قلنا: كل واحد منهم متمكن من استيفائه؛ لا [يكون](٢) من ضرورته تعدد القصاص، هذا بخلاف ما لو كان أحدهم غائبًا؛ فإن هناك جميع القصاص ثابت للخاصة، ولكن لا يتمكن من الاستيفاء لشبهة عفو موجود؛ لجواز أن يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر، وعفوه صحيح، علم بوجوده الحاضر أم لا.

فإن قيل: قد قال بعض أصحاب الشافعي: إن ابن ملجم قتل عليًّا مستحلًّا دم علِيٍّ، معتقدًا كفره، وكان مرتدًّا، فقتله الحسن لذلك، أو قتله لسعيه في

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٧٤).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَاحْتِمَالُ العَفْوِ مِن الصَّغِيرِ مُنْقَطِعٌ، فَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا كَمَا فِي وِلَايَةِ الإِنْكَاحِ، بِخِلَافِ الكَبِيرَيْنِ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ العَفْوِ مِن الغَائِبِ ثَابِتٌ وَمَسْأَلَةُ المَوْلَيَيْنِ مَمْنُوعَةٌ. ....

الأرض بالفساد، والإمام قتله، والحسن هو الإمام، ولهذا لم ينتظر الغائبين من الورثة، ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم.

قلنا: لا خلاف بين أحد من الأمة أن ابن ملجم لم يقتل عليًّا إلا متأوِّلًا مجتهدًا، مقدرًا على أنه على صواب، وأن عبد الرحمن بن ملجم لم يحارب، ولم أخاف[(١)] السبيل، ولم يَسْعَ في الأرض بالفساد؛ لأنه لم يعقل منه هذا الفعل، فعلم أن الحسن قتله قودًا.

قال ابن حزم: هذا بمنزلة الإجماع، وهو حجة على الشافعيين ومن تابعهم، وقد عاندوا بما ذكروا.

قوله: (واحتمال العفو من الصغير منقطع)؛ أي: في الحال، ولا تعتبر الشبهة في المال؛ لأن ذلك يؤدي إلى سد باب القصاص؛ لاحتمال أن [يندم ولي][(٢)] المقتول على قتله. كذا في مبسوط شيخ الإسلام، وجامع المحبوبي.

قوله: (ومسألة المولين ممنوعة)، وفي الأسرار: لا دية[(٣)] في عبد أعتقه رجلان [إن][(٤)] قتل، أو قتل وله موليان، ويجوز ألا يثبت القتل لأحدهما، إلا إذا اجتمعا، كما في إنكاح أمة مشتركة، أو أمة أعتقها رجلان؛ لأن كل [واحد][(٥)] مالك للنصف، والولاية على الشخص لا تثبت إلا بالكل، والكل لا يثبت إلا بهما، فقاما مقام رجل واحد، والواحد منهما لنصف رجل، وشطر عليه.

وفي المبسوط: وضع المسألة في عبد بين صغير وكبير كما ذكرنا، فقال:

---

(١) كذا في الأصول الخطية، ولعل صوابها: (يُخِف).
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (رواية)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا بِمَرٍّ فَقَتَلَهُ، فَإِنْ أَصَابَهُ بِالحَدِيدِ: قُتِلَ بِهِ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِالعُودِ: فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ) قَالَ ﷺ: وَهَذَا إِذَا أَصَابَهُ بِحَدِّ الحَدِيدِ لِوُجُودِ الجُرْحِ فَكَمُلَ السَّبَبُ، وَإِنْ أَصَابَهُ بِظَهْرِ الحَدِيدِ فَعِنْدَهُمَا يَجِبُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، اعْتِبَارًا مِنْهُ لِلْآلَةِ، وَهُوَ الحَدِيدُ، وَعَنْهُ: إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا جَرَحَ، وَهُوَ الأَصَحُّ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَعَلَى هَذَا الضَّرْبُ بِسِنْجَاتِ المِيزَانِ؛ وَأَمَّا إِذَا ضَرَبَهُ بِالعُودِ: فَإِنَّمَا

هناك الملك، وهو غير متكامل لكل واحد منهما، فإن الملك يحتمل التجزؤ، ولهذا لم يكن لأحدهما ولاية تزويج أمة بينهما، بخلاف [ما نحن فيه؛ فإن][1] السبب قرابة، وهو لا يحتمل التجزؤ، ولهذا كان لكل واحد من الأولياء ولاية تزويج المرأة[2].

قوله: (وعنه)؛ أي: عن أبي حنيفة رحمه الله (إنما يجب إذا جرح). [كذا][3] ذكره الطحاوي.

وجه الظاهر: أن الحديد في كونه آلة للقتل منصوص عليه، قال عليه الصلاة والسلام: «**القتلُ خطأٌ كلُّه إلّا الحديدَ**»[4] وفي رواية: «**إلا السيف**»، والحكم في المنصوص لا يتعلق بالمعنى.

وجه رواية الطحاوي عنه: أن الحديد إذا لم يجرح؛ لم يكن عاملًا بمعناه الموضوع له؛ وهو تفريق الأجزاء، فصار كالحجر العظيم.

قوله: [٢/ ٤٧٠/ب] (وإن أصابه بالعود)؛ وهي مسألة القتل بالمثقل، وقد مرت في أول الكتاب.

(وإن أصابه بظهر الحديد)؛ أي: لم يجرحه، فعندهما: يجب القصاص، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وهو الأصح على ما نبينه)؛ وهو قوله بعد ذلك: (ولا تماثل بين

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٧٦).
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) سبق تخريجه.

تَجِبُ الدِّيَةُ لِوُجُودِ قَتْلِ النَّفْسِ المَعْصُومَةِ وَامْتِنَاعِ القِصَاصِ، حَتَّى لَا يُهْدَرَ الدَّمُ، ثُمَّ قِيلَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ العَصَا الكَبِيرَةِ، فَيَكُونُ قَتْلًا بِالمُثْقَلِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا نُبَيِّنُ، وَقِيلَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ السَّوْطِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ المُوَالَاةِ، لَهُ:

الجرح والدَّقِّ لقصور الثاني عن تخريب الظاهر) إلى آخره؛ يعني: بدون الجرح لا يتكامل القتل[1]؛ لأنه بدون إفساد الظاهر لم يتكامل، فلا يستدعي العقوبة المتناهية، فعلى هذه الرواية: الحديد وغيره من الآلات سواء، فلو جرح يجب القصاص، سواء كان حديدًا أو غيره، وإن لم يجرح؛ لا يجب، سواء كان حديدًا أو غيره. كذا ذكره قاضي خان.

وفي المحيط: ضربه بسيف في غمده، فخزق الغمد وقتله؛ فلا قود عند أبي حنيفة.

وقال محمد: إن كان الغمد وحده قاتلًا؛ قتل به، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وهي مسألة الموالاة) بالعصا الصغير والحجر الصغير. فعند الشافعي، ومالك، وأحمد: يوجب القود.

وعندنا: لا يوجب، وهو قول الشافعي، وأحمد، ومالك أيضًا.

وعلى هذا الخلاف: إذا طرحه في بئر، أو ألقاه من جبل أو سطح.

وفي المنتقى: ألقاه من سفينة في بحر أو دجلة، فرسب كما وقع، فمات؛ فعلى عاقلته الدية عنده. وإن سبح ساعة ثم غرق؛ فلا دية فيه.

ولو ألقاه من جبل أو سطح أو في بئر، وترجى حياته غالبًا؛ فهو خطأ العمد، وفيه الدية بالإجماع، إلا على قول مالك: فإن عنده في شبه العمد القود، وإن لم ترج حياته ولا يمكنه التخلص؛ ففيه القصاص عندهما، وعند الأئمة الثلاثة، خلافًا لأبي حنيفة.

وفي الأصل: خنق رجلًا فمات؛ فلا قود عنده، خلافًا لهم. ولو تركه ثم مات، فإن كان خنقه مقدارًا يموت الإنسان منه غالبًا؛ ففيه القصاص عندهم، وإلا فلا.

---

(١) في الأصل: (العقل) والمثبت من النسخة الثانية.

أَنَّ الْمُوَالَاةَ فِي الضَّرَبَاتِ إِلَى أَنْ مَاتَ دَلِيلُ الْعَمْدِيَّةِ، فَيَتَحَقَّقُ الْمُوجِبُ، وَلَنَا: مَا رَوَيْنَا «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ الْعَمْدِ» وَيُرْوَى: "شِبْهِ الْعَمْدِ" الْحَدِيثَ، وَلِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ عَدَمِ الْعَمْدِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْمُوَالَاةَ قَدْ تُسْتَعْمَلُ لِلتَّأْدِيبِ، أَوْ لَعَلَّهُ اعْتَرَاهُ الْقَصْدُ فِي خِلَالِ الضَّرَبَاتِ، فَيَعْرَى أَوَّلُ الْفِعْلِ عَنْهُ، وَعَسَاهُ أَصَابَ الْمَقْتَلَ، وَالشُّبْهَةُ دَارِئَةٌ لِلْقَوَدِ

وفي الجامع الصغير: لو أحمى تنورًا فألقاه، أو ألقاه في النار، لا يستطيع الخروج منها فأحرقته؛ ففيه القود. وفيه إشارة إلى الإحماء يكفي للقود وإن لم يكن فيه النار.

وفي جمع التفاريق: وهو الصحيح.

ولو ألقاه في نار، فأخرج وفيه رمق، فمكث مضنى منه حتى مات؛ ففيه القود، وإن كان يجيء ويذهب فلا.

ولو أَوْجَرَهُ سمًّا كارهًا، أو ناوله وأكرهه على شربه؛ فلا قود فيه.

وقيل: على هذا الخلاف، فعندهم: إن كان السم مقدارًا يقتل غالبًا؛ يجب القود، وإلا فلا. وعنده: يجب القود في الصورتين.

أما لو ناوله فشربه من غير إكراه؛ فلا قصاص ولا دية بالإجماع، علم به الشارب أو لا. وعن الشافعي، وأحمد في وجه: إذا لم يعلم بأنه سم؛ يجب القود.

وفي وجه: لا يجب. وفي وجوب الدية قولان لهما. ولمالك في نفي شبه العمد روايتان، فعلى رواية نفيه: يجب القود إذا لم يعلم.

قوله: (لهم)؛ أي: للشافعي ومن تابعه، وأبي يوسف، ومحمد.

وجه التمسك بالحديث للشافعي ظاهر.

ولهما: أن القصاص موجود، إلا أن استيفاء القصاص بالسيف عرف بنص آخر، وهو قوله: «**لَا قَوَدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ**»[1] كذا في الأسرار.

ولهما: الاستدلال بالمعقول.

---

(١) سبق تخريجه.

فَوَجَبَ الدِّيَةُ، قَالَ: (وَمَنْ غَرَّقَ صَبِيًّا، أَوْ بَالِغًا فِي البَحْرِ: فَلَا قِصَاصَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُقْتَصُّ مِنْهُ[*]، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَهُمَا يُسْتَوْفَى حَزًّا، وَعِنْدَهُ يُغَرَّقُ كَمَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبْلُ، لَهُمْ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ» وَلِأَنَّ الآلَةَ قَاتِلَةٌ، فَاسْتِعْمَالُهَا أَمَارَةُ العَمْدِيَّةِ، وَلَا مِرَاءَ فِي العِصْمَةِ، وَلَهُ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالعَصَا» وَفِيهِ: «وَفِي كُلِّ خَطَإٍ أَرْشٌ»؛ لِأَنَّ الآلَةَ غَيْرُ مُعَدَّةٍ لِلْقَتْلِ، وَلَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ، لِتَعَذُّرِ اسْتِعْمَالِهِ، فَتَمَكَّنَتْ شُبْهَةُ عَدَمِ العَمْدِيَّةِ، وَلِأَنَّ القِصَاصَ يُنْبِئُ عَنِ المُمَاثَلَةِ، وَمِنْهُ يُقَالُ: اقْتَصَّ أَثَرَهُ، وَمِنْهُ القُصَّةُ لِلْجَلَمَيْنِ، وَلَا تَمَاثُلَ بَيْنَ الجَرْحِ وَالدَّقِّ، لِقُصُورِ الثَّانِي عَنْ تَخْرِيبِ الظَّاهِرِ، وَكَذَا لَا يَتَمَاثَلَانِ فِي حِكْمَةِ الزَّجْرِ؛ لِأَنَّ القَتْلَ بِالسِّلَاحِ غَالِبٌ،

(ولا مراء)؛ أي: لا شك (في العصمة)؛ يعني: قتل آدميًا معصومًا عمدًا؛ فيجب القود، كما لو قتله بالسيف والآلة الجارحة؛ لأن القصد من عمل القلب وهو باطن، فيعرف بالسبب الظاهر؛ وهو الآلة القاتلة غالبًا، وقد وجد.

(وله)؛ أي: لأبي حنيفة (قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا إن قتيل خطأ)[(١)] الحديث.

وقوله: «وفي كل خطأ أرش» من تتمة الحديث.

المقصة: المقراض الجلم الذي يجز به، وهما جلمان، يعني: سميت المِقَصَّة مقصة؛ لأن كل واحد من الحديدين يماثل الآخر.

وفي التنزيل: ﴿قُصِّيهِ﴾؛ أي: اتبعي أثره، واتباع أثر الشيء في [الإتيان][(٢)] بمثله.

وفي بعض النسخ: للحكمان، ولا وجه له.

قوله: (ولا تماثل بين الجرح والدق): إنما قال هذا؛ لأنه ألحق الغرق بالقتل.

قوله: (لأن القتل بالسلاح غالب).

(*) الراجح: قول أبي حنيفة

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَبِالْمُثْقَلِ نَادِرٌ، وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، وَقَدْ أَوْمَتْ إِلَيْهِ إِضَافَتُهُ إِلَى نَفْسِهِ فِيهِ، وَإِذَا امْتَنَعَ القِصَاصُ وَجَبَت الدِّيَةُ، وَهِيَ عَلَى العَاقِلَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَاخْتِلَافُ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الكَفَّارَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا عَمْدًا، فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ: فَعَلَيْهِ القِصَاصُ) لِوُجُودِ السَّبَبِ، وَعَدَمِ مَا يُبْطِلُ حُكْمَهُ فِي الظَّاهِرِ فَأُضِيفَ إِلَيْهِ. قَالَ: (وَإِذَا التَقَى الصَّفَّانِ مِن المُسْلِمِينَ وَالمُشْرِكِينَ، فَقَتَلَ مُسْلِمٌ مُسْلِمًا، ظَنَّ أَنَّهُ مُشْرِكٌ: فَلَا قَوَدَ عَلَيْهِ، وَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ)؛ لِأَنَّ هَذَا أَحَدُ نَوْعَي الخَطَإِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالخَطَأُ

كما بينا (**وبالمثقل نادر**) وشرعية الزجر في الغالب لا النادر، ولهذا شرع الحد في شرب [الخمر، دون][1] شرب البول.

قوله: (**غير مرفوع**)؛ أي: غير ثابت، إنما هو من كلام راويه، وإلا يلزم التحريق، وهو منهي، قال عليه الصلاة والسلام: «**لَا يُعذِّبُ بالنارِ إلّا ربُّ النارِ**»[2].

أو هو منسوخ بهذا الحديث، أو محمول على السياسة، بدليل إضافته إلى نفسه، حيث قال: «**غَرَّقناهُ**»، واستيفاء القود إلى الوالي دون الإمام، فينبغي أن يقال: من غرّق تَغرَّق، إن كان بطريق القود. كذا في الأسرار.

(**أومت إليه**)؛ أي: أشارت إلى الحمل على السياسة.

وقوله: (**واختلاف الروايتين**) بالرفع؛ لأنه مبتدأ، وخبره: (**في الكفارة**)؛ يعني: اختلاف [٢/ ٤٧١/أ] الروايتين عن أبي حنيفة في وجوب الكفارة في القتل بالمثقل، لا في الدية، فإن الدية تجب بلا تردد، والمصنف لم يذكر رواية عدم وجوب الكفارة، بل ذكره في الإيضاح بقوله: ما وجدت في كتب أصحابنا كما بيناه، فيحتمل أنه ذكره في كتاب آخر، أو مراده من اختلاف الروايتين: اختلاف القولين.

قوله: (**أحد نوعي الخطأ**)؛ وهو الخطأ في القصد.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) سبق تخريجه.

بِنَوْعَيْهِ لَا يُوجِبُ القَوَدَ، وَيُوجِبُ الكَفَّارَةَ، وَكَذَا الدِّيَةُ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ نَصُّ الكِتَابِ، وَلَمَّا اخْتَلَفَتْ سُيُوفُ المُسْلِمِينَ عَلَى اليَمَانِ أَبِي حُذَيْفَةَ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالدِّيَةِ. قَالُوا: إِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَةُ إِذَا كَانُوا مُخْتَلِطِينَ، فَإِنْ كَانَ فِي صَفِّ المُشْرِكِينَ لَا تَجِبُ، لِسُقُوطِ عِصْمَتِهِ بِتَكْثِيرِ سَوَادِهِمْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ كَثَّرَ سَوَادَ قَوْمٍ فَهُوَ مِنْهُمْ»، قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ نَفْسَهُ، وَشَجَّهُ رَجُلٌ، وَعَقَرَهُ أَسَدٌ، وَأَصَابَتْهُ حَيَّةٌ، فَمَاتَ مِن ذَلِكَ كُلِّهِ: فَعَلَى الأَجْنَبِيِّ ثُلُثُ الدِّيَةِ)؛ لِأَنَّ فِعْلَ الأَسَدِ

قوله: (على اليمان أبي حذيفة): روي أنه في ليلة في غزوة الخندق، فقتله المسلمون وهم يظنون أنه مشرك، فقضى النبي ﷺ بالدية، فوهبها حذيفة لهم.

قوله: (لسقوط عصمته بتكثير سوادهم)؛ لقوله ﷺ: «مَن كَثَّرَ سوادَ قومٍ...» الحديث.

وفي المجتبى: هذا حال من كثر سوادهم، ولم يتزين بزيهم، ولم يتخلق بأخلاقهم، فكيف حال المتزينين بزيهم، والمتخلقين بأخلاقهم في زماننا؟

وفي السير: فإن علم مسلمًا بعينه قد جاء به العدو مكرهًا، فعمده بالرمي، وهو يعلم حاله؛ يجب القود قياسًا؛ لأنه عمد محض، ولا يحل استحسانًا؛ لأن كون المقتول في موضع إباحة القتل يصير شبهة في إسقاط القصاص، وعليه الدية في ماله، ولا كفارة.

ولو اختلفا، فقال ولي المقتول: قصَدْتَهُ برميِكَ، بعد علمكَ أنه مُكرَهٌ من جهة العدو، وقال الراميَ: لا، بل قصدت المشركين؛ فالقول للرامي؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو إباحة الرمي إلى صفهم.

ولو التقت السريتان ليلًا من المسلمين، كل واحد يظن أن صاحبها من المشركين، فأَجْلَوْا عن قتلى ثم علموا؛ فلا شيء عليهم من دية وكفارة؛ لأن كل واحد منها باشرت دفعا مباحًا، ويجب أن يُغَسَّلوا. كذا ذكره التمرتاشي.

(فعلى الأجنبي ثلث الدية): وقال الشافعي، وأحمد في قول: إنه يجب على الأجنبي القود؛ لأنه عمد محض، كما يجب على شريك الأب.

وقلنا: قتل مركب من موجب وغير موجب، فلم يوجب القود.

وَالحَيَّةِ جِنْسٌ وَاحِدٌ لِكَوْنِهِ هَدَرًا فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ، وَفِعْلُهُ بِنَفْسِهِ هَدَرٌ فِي الدُّنْيَا مُعْتَبَرٌ فِي الآخِرَةِ، حَتَّى يَأْثَمَ عَلَيْهِ، وَفِي «النَّوَادِرِ»: أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ: يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يُغَسَّلُ وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ، وَفِي «شَرْحِ السِّيَرِ الكَبِيرِ»: ذَكَرَ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ اخْتِلَافَ المَشَايِخِ عَلَى مَا كَتَبْنَاهُ فِي «كِتَابِ التَّجْنِيسِ وَالمَزِيدِ»: فَلَمْ يَكُنْ هَدَرًا مُطْلَقًا وَكَانَ جِنْسًا آخَرَ، وَفِعْلُ الأَجْنَبِيِّ مُعْتَبَرٌ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ، فَصَارَتْ ثَلَاثَةَ أَجْنَاسٍ، فَكَأَنَّ النَّفْسَ تَلِفَتْ بِثَلَاثَةِ أَفْعَالٍ، فَيَكُونُ التَّالِفُ بِفِعْلِ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَهُ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(وفي النوادر: يُغسَّل ويُصلّى عليه عند أبي حنيفة ومحمد): وهذا يدل على عدم اعتبار فعله؛ لأنه لما غُسِّلَ وصُلِّيَ عليه؛ صار كأنه مات حتف أنفه من غير فعله، فعلم أن فعله على نفسه غير معتبر.

(وعند أبي يوسف: يُغسَّل ولا يُصَلّى عليه)؛ لأنه باغ على نفسه، وهذا أثر كون فعله معتبرًا في حق نفسه؛ لأنه صار باغيًا[١] على نفسه.

(على ما كتبناه): وفي بعض النسخ: (على ما ذكرناه).

وفي تجنيس المصنف: قال الحلواني: يُصَلَّى عليه؛ لأنه لو تاب تقبل توبته، قال تعالى: ﴿وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ لِمَن يَشَآءُ﴾ [النساء:٤٨].

وقال السعدي: لا يصلى عليه؛ لأنه لا تقبل توبته؛ لما أنه باغ على نفسه.

وذكر الحلواني في جامعه: يُغَسَّل ويُصلَّى [عليه][٢] عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن إتمام القتل بالموت، وعند الموت ليس هو بأهل للمأثم.

وعند أبي يوسف: يُغسَّل ولا يُصلَّى عليه، كما إذا قتله غيره وهو ظالم.

قوله: (فيجب عليه)؛ أي: على الأجنبي (ثلث الدية) فيكون في ماله؛ لأنه عمد، فلا تتحمله العاقلة.

---

(١) في الأصل: (باغ) والصواب المثبت.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَصْلٌ: [في بَيَانِ مَا هُو بِمَنْزِلَةِ التَّبَعِ لِلْقَصَاصِ]

قَالَ: (وَمَنْ شَهَرَ عَلَى المُسْلِمِينَ سَيْفًا فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَقْتُلُوهُ)، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ شَهَرَ عَلَى المُسْلِمِينَ سَيْفًا فَقَدْ أُطِلَّ دَمُهُ» وَلِأَنَّهُ بَاغٍ، فَتَسْقُطُ عِصْمَتُهُ بِبَغْيِهِ، وَلِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِدَفْعِ القَتْلِ عَنْ نَفْسِهِ فَلَهُ قَتْلُهُ، وَقَوْلُهُ: فَعَلَيْهِمْ، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَحَقٌّ عَلَى المُسْلِمِينَ أَنْ يَقْتُلُوهُ، إِشَارَةٌ إِلَى الوُجُوبِ، وَالمَعْنَى: وُجُوبُ دَفْعِ الضَّرَرِ، وَفِي سَرِقَةِ، الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ شَهَرَ عَلَى رَجُلٍ سِلَاحًا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا، أَوْ شَهَرَ عَلَيْهِ عَصًا لَيْلًا فِي مِصْرٍ، أَوْ نَهَارًا فِي طَرِيقٍ فِي غَيْرِ مِصْرٍ فَقَتَلَهُ المَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ السِّلَاحَ لَا يَلْبَثُ فَيَحْتَاجُ إِلَى دَفْعِهِ بِالقَتْلِ، وَالعَصَا الصَّغِيرَةِ، وَإِنْ كَانَتْ تَلْبَثُ، وَلَكِنْ فِي اللَّيْلِ

فَصْلٌ

لما فرغ من بيان ما يوجب القصاص؛ ألحق هذا الفصل به؛ لأن فيه مسائل لها عرضية إيجاب القصاص. يقال: شَهَرَ سيفه يشهرُه شهرًا؛ أي: سَلَّهُ، من حَدِّ منع.

(أطل دمه)؛ أي: أهدر.

قوله: (لأنه)؛ أي: القتل (تعين طريقًا لدفع القتل) حتى لو أمكنه بطريق آخر؛ لا يسعه قتله، ولا يعلم فيه خلاف.

وقوله: (فعليهم)؛ أي: قول صاحب المختصر (إشارة): [خبره][١]؛ أي: قوله: (فعليهم)؛ إشارة إلى الوجوب.

(والمعنى)؛ أي: معنى [الوجوب][٢] (وجوب دفع الضرر)؛ لأن دفع الشر واجب، لا أن يكون عين القتل واجبًا، وهكذا قتل الحربي واجب لا لعينه، بل لإعلاء كلمة الله.

وقوله: (لما بينا)؛ إشارة إلى الحديث، والمعنى المعقول.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لَا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ فَيُضْطَرُّ إِلَى دَفْعِهِ بِالقَتْلِ، وَكَذَا فِي النَّهَارِ فِي غَيْرِ المِصْرِ فِي الطَّرِيقِ لَا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ، فَإِذَا قَتَلَهُ كَانَ دَمُهُ هَدَرًا، قَالُوا: فَإِنْ كَانَ عَصًا لَا تَلْبَثُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ مِثْلَ السِّلَاحِ عِنْدَهُمَا، قَالَ: (وَإِنْ شَهَرَ المَجْنُونُ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا، فَقَتَلَهُ المَشْهُورُ عَلَيْهِ عَمْدًا: فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الصَّبِيُّ، وَالدَّابَّةُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ(*): أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي الدَّابَّةِ، وَلَا يَجِبُ فِي الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، لِلشَّافِعِيِّ، أَنَّهُ قَتَلَهُ دَافِعًا عَنْ نَفْسِهِ: فَيُعْتَبَرُ بِالبَالِغِ الشَّاهِرِ، وَلِأَنَّهُ يَصِيرُ مَحْمُولًا عَلَى قَتْلِهِ بِفِعْلِهِ فَأَشْبَهَ المُكْرَهَ، وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ فِعْلَ الدَّابَّةِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ أَصْلًا حَتَّى لَوْ تَحَقَّقَ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ أَمَّا فِعْلُهُمَا مُعْتَبَرٌ فِي الجُمْلَةِ، حَتَّى لَوْ حَقَّقْنَاهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا الضَّمَانُ، وَكَذَا عِصْمَتُهُمَا، لِحَقِّهِمَا وَعِصْمَةُ

قوله: (وقال الشافعي: لا شيء عليه): وكذا في الصبي والدابة، وبه قال مالك، وأحمد، وأكثر أهل العلم. وعند مالك في المضطر كذلك.

أما لو كان الصائل عبدًا أو صيد الحرم؛ لا يضمن بلا خلاف.

قوله: (لأنه)؛ أي: المشهور عليه (يصير محمولًا على) قتل الشاهر بفعل الشاهر، وهو شهر السيف (فأشبه المكره)؛ يعني: في علمه أن بهذا الفعل تسقط عصمة دمه؛ صار كأنه أكرهه على قتله، فيكون المشهور عليه مكرهًا بهذا الطريق. كذا ذكره البرغري.

وكذلك إذا أكره رجل آخر، وقال: لأقتلنك وإلا لتقتلن فلانًا، فقتله المكره؛ [٢/ ٤٧١/ب] لا يجب عليه شيء، فكذا هنا.

قوله: (حتى [لو][1] تحقق)؛ أي: فعل الدابة (لا يوجب الضمان)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «جُرْحُ العَجماءِ جُبَارٌ»[2] متفق عليه.

(أما فعلهما)؛ أي: الصبي والمجنون (معتبر في الجملة، حتى لو حققناه)؛ يعني: لو أتلفا مالًا أو نفسًا؛ يجب الضمان عليهما في مالهما.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) ساقطة من الأصل، وأثبتناها من المتن.

(٢) بنحوه أخرجه البخاري (٢/ ١٣٠ برقم ١٤٩٩)، ومسلم (٣/ ١٣٣٤ برقم ١٧١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

الدَّابَّةِ لِحَقِّ مَالِكِهَا، فَكَانَ فِعْلُهُمَا مُسْقِطًا لِلْعِصْمَةِ، دُونَ فِعْلِ الدَّابَّةِ، وَلَنَا: أَنَّهُ قَتَلَ شَخْصًا مَعْصُومًا، أَوْ أَتْلَفَ مَالًا مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ، وَفِعْلُ الدَّابَّةِ لَا يَصْلُحُ مُسْقِطًا وَكَذَا فِعْلُهُمَا، وَإِنْ كَانَتْ عِصْمَتُهُمَا حَقَّهُمَا لِعَدَمِ اخْتِيَارٍ صَحِيحٍ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ بِتَحَقُّقِ الفِعْلِ مِنْهُمَا، بِخِلَافِ العَاقِلِ البَالِغِ؛ لِأَنَّ لَهُ اخْتِيَارًا صَحِيحًا، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ القِصَاصُ لِوُجُودِ المُبِيحِ وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ، فَتَجِبُ الدِّيَةُ.

قَالَ: (وَمَنْ شَهَرَ عَلَى غَيْرِهِ سِلَاحًا فِي المِصْرِ فَضَرَبَهُ، ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ، فَعَلَى القَاتِلِ القِصَاصُ) مَعْنَاهُ: إِذَا ضَرَبَهُ فَانْصَرَفَ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ مِن أَنْ يَكُونَ مُحَارِبًا بِالِانْصِرَافِ، فَعَادَتْ عِصْمَتُهُ، قَالَ: (وَمَنْ دَخَلَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ لَيْلًا، وَأَخْرَجَ السَّرِقَةَ فَاتَّبَعَهُ وَقَتَلَهُ: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «قَاتِلْ دُونَ مَالِك» وَلِأَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ القَتْلُ دَفْعًا فِي الِابْتِدَاءِ، فَكَذَا اسْتِرْدَادًا فِي الِانْتِهَاءِ، وَتَأْوِيلُ المَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ لَا يَتَمَكَّنُ مِن

قوله: (أتلف مالًا معصومًا حقًّا للمالك) إلى آخره؛ يعني: عصمة الدابة لِحَقِّ المالك، فلا يسقط بفعل الدابة.

والحاصل: أن فعلهما غير متصف بالخطر، فلم يقع بغيًا، فلا تسقط العصمة، وقضيته قتل النفس المعصومة ووجوب القود، إلا أنه امتنع القود؛ لوجود المبيح وهو دفع الشر، فتجب الدية.

قوله: (لا يجب القصاص)؛ أي: على الشاهر، وهو الصبي والمجنون.

قوله: (فضربه)؛ أي: الشاهر فانصرف وترك الضرب (ثم قتله الآخر)؛ أي: المشهور عليه (فعلى القاتل القصاص)؛ لأنه لما شهر حل دمه دفعًا لِشَرِّهِ، فلما لم يقتله وكف عنه؛ اندفع شره وعادت عصمته.

قوله: («قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ»)[1]؛ أي: لأجل مالك.

قوله: (وتأويل المسألة) إلى آخره: وهكذا في الشاهر بالسيف بلا خلاف بين العلماء، حتى إذا أمكنه الدفع بطريق آخر، بتهديد أو صياح أو ضرب؛ يكون القتل مضمونًا عليه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا كانت قيمة المسروق عشرة فصاعدًا يقاتل

---

(١) سبق تخريجه.

الِاسْتِرْدَادِ إِلَّا بِالقَتْلِ، وَٱللَّهُ أَعْلَمُ.

بالسلاح، وإن كان أقل يقاتل دون السلاح، وكذا الحكم في المعاون. إليه أشار في جامع المحبوبي.

ومن نظر في بيت إنسان من ثقب، أو شق باب أو نحوه، فطعنه صاحب الدار بخشبة، أو رماه بحصاة فقلع عينه؛ يضمنه عندنا. وعند الشافعي، وأحمد: لا يضمنها؛ لما روى أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام [قال:](١) «**لو أنَّ امرأً اطّلعَ عليكَ بغيرِ إذنٍ، فَحذَفْتَهُ بحَصاةٍ وفقأْتَ عينَهُ؛ لم يَكُن عليكَ جُناحٌ**»(٢).

وعن سهل بن سعد أن رجلًا اطلع في جحر في باب النبي ﷺ، [والنبي ﷺ](٣) يَحُكُّ رأسه بِمِدْرًى في يده، فقال ﷺ: «**لَو عَلِمتُ أنكَ تنظرُني لطعَنْتُ بها في عَينِكَ**»(٤).

ولنا: قوله ﷺ «**في العينِ نصفُ الدّيةِ**»(٥)وهو عام؛ لأن مجرد النظر إليه لا يبيح الجناية عليه، كما لو نظر من الباب المفتوح، وكما لو دخل بيته ونظر فيه، أو نال من امرأته ما دون الفرج؛ لم يجز قلع عينه.

ولأن قوله عليه الصلاة والسلام: «**لَا يَحِلُّ دمُ امرئٍ مُسلمٍ...**»(٦) الحديث، يقتضي عدم سقوط عصمته.

والمراد بما روي: المبالغة في الزجر عن ذلك. كذا في مختصر [السهيلي](٧).

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ١١ برقم ٦٩٠٢)، ومسلم (٣/ ١٦٩٩ برقم ٢١٥٨) من حديث أبي هريرة ﷺ.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة يقتضيها السياق، وانظر: صحيح البخاري (٧/ ١٦٤/ ٥٩٢٤).

(٤) أخرجه البخاري (٧/ ١٦٤ برقم ٥٩٢٤)، ومسلم (٣/ ١٦٩٨ برقم ٢١٥٦) من حديث سهل بن سعد ﷺ.

(٥) أخرجه بنحوه النسائي (٨/ ٥٧ برقم ٤٨٥٣)، والحاكم (١/ ٥٢٢ برقم ١٤٤٧)، وابن حبان (١٤/ ٥٠١ برقم ٦٥٥٩) من حديث عمرو بن حزم ﷺ.

(٦) أخرجه البخاري (٩/ ٥ برقم ٦٨٧٨)، ومسلم (٣/ ١٣٠٢ برقم ١٦٧٦) من حديث عبد الله بن مسعود ﷺ.

(٧) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

بَابُ القَصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ عَمْدًا مِن المِفْصَلِ: قُطِعَتْ يَدُهُ، وَإِنْ كَانَتْ يَدُهُ أَكْبَرَ مِن اليَدِ المَقْطُوعَةِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] وَهُوَ يُنْبِئُ عَن المُمَاثَلَةِ، فَكُلُّ مَا أَمْكَنَ رِعَايَتُهَا فِيهِ يَجِبُ فِيهِ القِصَاصُ، وَمَا لَا فَلَا، وَقَدْ أَمْكَنَ فِي القَطْعِ مِن المِفْصَلِ فَاعْتُبِرَ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِكِبَرِ اليَدِ وَصِغَرِهَا، ....

وكل من أراد أن يأخذ مال مسلم، أو يقطع عضوه، أو يزني بامرأته؛ فله دفعه بغير السيف، وإن لم يُدفَع يضربه بالسيف. وكذا لو رأى رجلًا يزني بامرأته؛ يدفعه بغير السيف، فإن لم يُدفَع يقتله، ولا خلاف لأهل العلم فيه.

فإن قتل رجلًا وادعى أنه كان يزني بامرأته، [وكذبه الولي][(١)]؛ فلا بد من بينة، قيل: يكفي شاهدان؛ لأن البينة تشهد على وجوده مع المرأة.

وقيل: يأتي بأربعة؛ لأنه روي عن علي كذلك.

بَابُ القِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ

لما ذكر أحكام النفس؛ احتاج إلى بيان ما دون النفس؛ لأن الجزء يتبع الكل. ولأنه تعالى قال بعد قوله تعالى: [﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ إلى قوله][(٢)]: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

وفي الإيضاح، وشرح الأقطع: القصاص فيما دون النفس مشروع بهذه الآية، وبحديث الرُّبَيِّع عمة أنس بن مالك، أنها كسرت ثنيَّة جاريةٍ من الأنصار، فأتوا النبي ﷺ، فأمر بالقصاص[(٣)]، وهو مشهور بإجماع الأمة.

قوله: (ولا معتبر بكبر اليد وصغرها): وغلظها ودقتها؛ لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك، ولا يعلم فيه خلاف. بخلاف الرأس، حتى لو أخذ الشجة ما بين قرني المشجوج، ولا يأخذ ما بين قرني الشاج؛ لكبر رأس الشاج، فإن المشجوج مخير: إن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتصَّ. ولا خيار في اليد؛ لأن

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) سبق تخريجه.

لِأَنَّ مَنْفَعَةَ اليَدِ لَا تَخْتَلِفُ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الرِّجْلُ وَمَارِنُ الأَنْفِ وَالأُذُنُ لِإِمْكَانِ رِعَايَةِ المُمَاثَلَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجُلٍ فَقَلَعَهَا، لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ) لِامْتِنَاعِ المُمَاثَلَةِ فِي القَلْعِ، وَإِنْ كَانَتْ قَائِمَةً فَذَهَبَ ضَوْؤُهَا فَعَلَيْهِ القِصَاصُ، لِإِمْكَانِ المُمَاثَلَةِ عَلَى مَا قَالَ فِي الكِتَابِ: تُحْمَى لَهُ المِرْآةُ، وَيُجْعَلُ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ، وَتُقَابَلُ عَيْنُهُ بِالمِرْآةِ فَيَذْهَبُ ضَوْؤُهَا، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ جَمَاعَةٍ مِن الصَّحَابَةِ ﷺ ....

التفاوت في الشين، فكان الشين في الشاج، دون الشين في المشجوج، فقد عجز عن استيفاء حقه؛ لكماله، فثبت له الخيار.

أما في اليد، فالمعتبر منفعة البطش، وذا [لا][1] يختلف بالصغر والكبر، فلعل منفعة البطش في اليد الكبيرة؛ ألا ترى أن أرش اليد لا يختلف بالصغر والكبر، بخلاف رأس الشجة. كذا في المبسوط[2].

قوله: (لامتناع المماثلة في القلع)؛ لأنه ليس له حد معلوم؛ لجواز أن يكون الثاني زائدًا على الأول؛ إذ القلع أن ينزع حدقها بعروقها، فيعالج بذهاب ضوء بصرها من غير الطرف إن كانت [٢/ ٤٧٢/أ] قائمة.

وفي المحيط: لا قصاص في العين إذا قُوِّرَت وانخسفت، ولو كانت قائمة وذهب ضوؤها يجب القصاص. وعن أبي يوسف: لا يجب القصاص.

وقالت الأئمة الثلاثة: تقلع عينها؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ﴾ [المائدة: ٤٥].

وقال القاضي الحنبلي، والشافعي: ولو ذهب عينه باللطمة؛ فيلطمه مثلها، فإن ذهب ضوء عينه، وإلا كان له أن يذهب ضوءها بما يمكن؛ لإمكان المماثلة.

وعند غيرهما: لا حاجة إلى اللطمة، واللطمة منفردة، ولا يقتص فيها. وكذا إذا سرت إلى العين، كما لو جرحه دون الموضحة، فذهب ضوء عينه.

قوله: (وهو مأثور من جماعة من الصحابة): هذه الحادثة وقعت في زمن

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٤٥).

قَالَ: (وَفِي السِّنِّ القِصَاصُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ [المائدة: ٤٥] (وَإِنْ كَانَ سِنُّ مَنْ يُقْتَصُّ مِنْهُ أَكْبَرَ مِن سِنِّ الآخَرِ) لِأَنَّ مَنْفَعَةَ السِّنِّ لَا تَتَفَاوَتُ بِالصِّغَرِ وَالكِبَرِ. قَالَ: (وَفِي كُلِّ شَجَّةٍ تَتَحَقَّقُ فِيهَا المُمَاثَلَةُ القِصَاصُ) لِمَا تَلَوْنَا. قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمٍ إلَّا فِي السِّنِّ) وَهَذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ ﵄ -، وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا قِصَاصَ فِي العَظْمِ» وَالمُرَادُ: غَيْرُ السِّنِّ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ المُمَاثَلَةِ

عثمان ﵁، فشاور الصحابة، فلم يجيبوا حتى حضر علي وقضى بالقصاص، وبين هكذا، ولم ينكر عليه أحد، فاتفقوا عليه.

قوله: (وفي السن القصاص)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾، وبحديث الربيع عمة أنس بن مالك، وهو مشهور بالإجماع.

وفي المبسوط، والكافي: لو قلع سنه؛ لا يقلع سنه قصاصًا؛ لتعذر المماثلة، فربما يفسد لهاته، ولكن تبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن[(١)]. وعند الأئمة الثلاثة: تقلع.

وقوله: (لما تلونا)؛ إشارة إلى قوله: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ﴾.

وفي بعض النسخ: **(لما ذكرنا)**؛ وهو إشارة إلى قوله: (وهو ينبئ عن المماثلة).

قوله: (وهذا اللفظ)؛ أي: قوله: **(لا قصاص في العظم)** وهو قول أكثر أهل العلم.

قوله: (والمراد غير السن)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ الآية؛ أي: السن يبرد بالمبرد[(٢)].

وفي المبسوط[(٣)]: أنه عليه الصلاة والسلام «**قضى بالقصاصِ في السِّنِّ**»[(٤)] كما ذكرنا من حديث الربيع.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٠).
(٢) في الأصل: (بالمبرية)، ولعل المثبت هو الصواب.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٠).
(٤) سبق تخريجه.

فِي غَيْرِ السِّنِّ مُتَعَذِّرٌ، لِاحْتِمَالِ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ، بِخِلَافِ السِّنِّ، لِأَنَّهُ يُبْرَدُ بِالمِبْرَدِ، وَلَوْ قَلَعَ مِن أَصْلِهِ يُقْلَعُ الثَّانِي فَيَتَمَاثَلَانِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ شِبْهُ عَمْدٍ، إِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ) لِأَنَّ شِبْهَ العَمْدِ يَعُودُ إِلَى الآلَةِ، وَالقَتْلُ هُوَ الَّذِي يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا دُونَ مَا دُونَ النَّفْسِ، لِأَنَّهُ

وبين الأطباء كلام في السن: أنه عظم أو طرف عصب يابس، فقيل: إنه ليس بعظم؛ لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة، فعلى هذا؛ لا حاجة إلى الفرق بينه وبين سائر العظام.

وإن قلنا: إنه عظم؛ فالفرق: أن في سائر العظام يتعذر اعتبار المساواة، فلا يجب القصاص، وفيه لا يتعذر؛ لأنه ممكن أن تبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه، ولذلك لو قلع لا يقلع سنه قصاصًا؛ لتعذر المساواة، بل يبرد إلى موضع أصل السن.

قوله: **(وليس فيما دون النفس شبه عمد)**: وشبه العمد فيما دون النفس عمد، إن أمكن فيه القصاص يجب القصاص، وإلا يجب الأرش.

ولا فرق بين ما لو حصل الضرب بالسلاح أو بغيره، ولا يترك القصاص فيه بسبب الآلة التي هي غير السلاح، بخلاف النفس؛ لأن إتلافها بغير آلة السلاح شبه العمد؛ لما ذكرنا أن القتل إزهاق الروح، والقصد إليه أمر باطن، فأقمنا الآلة الصالحة؛ لتفريق الأجزاء مقام الإزهاق القصدي؛ لأنه غير محسوس، فأما الطرف؛ فإنها محسوسة، فلا يحتاج إلى ذلك.

يؤيد ما ذكرنا: [حديث الربيع][(١)] أنها لطمت جارية، فكسرت سنها، فأمر النبي ﷺ بالقصاص، واللطمة إذا أتت على النفس لا توجب القود، وأوجبت فيما دون النفس، فثبت أن ما كان في النفس شبه عمد، فهو فيما دون النفس عمد.

وقال أحمد: لو ضربه بحجر صغير لا يوضح مثله فأوضحه؛ لم يجب القود؛ لأنه شبه العمد، فلا يجب القود إلا بالعمد المحض؛ اعتبارًا بالنفس. وبه قال الشافعي.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

لَا يَخْتَلِفُ إِتْلَافُهُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا العَمْدُ وَالخَطأُ.

(وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَلَا بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْدِ، وَلَا بَيْنَ العَبْدَيْنِ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، إِلَّا فِي الحُرِّ يَقْطَعُ طَرَفَ العَبْدِ. وَيَعْتَبِرُ الأَطْرَافَ بِالأَنْفُسِ لِكَوْنِهَا تَابِعَةً لَهَا.

وقال أبو بكر الحنبلي: يجب القود، ولا يراعى فيه ذلك؛ لعموم الآية.

قوله: (خلافًا للشافعي في [جميع][1] ذلك): وبه قال مالك، وإسحاق.

والأصل عندهم: أن كل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس؛ يجري بينهما القصاص في الأطراف السليمة، كالحُرَّيْنِ والعبدين؛ لأنه إذا لم تؤخذ نفسه بنفسه لعدم المكافأة؛ وجب ألا يؤخذ طرفه بطرفه لعدم المكافأة؛ إذ الطرف تابع للنفس.

قوله: (ولا بين العبدين)؛ أي: في حق النفس. وبقولنا: قال الثوري.

(ولنا: أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال)؛ لأنها وقاية الأنفس كالأموال، والمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف، بدليل أن [الصحيحة][2] لا تقتص بالشلاء[3]؛ للتفاوت بينهما في البدل والمنفعة، فاعتبر المماثلة في الأطراف في الفعل والمحل، ولا مماثلة بين طرف الرجل والمرأة، لا في المنفعة ولا في البدل، بتقويم الشرع؛ فامتنع القصاص لعدم المماثلة.

بخلاف الأنفس؛ فإن التفاوت في الدية لا يمنع القصاص بالإجماع، حتى يقتل الذكر بالأنثى مع التفاوت بينهما في الدية؛ لأن القصاص في النفس يتعلق بإزهاق الروح، ولا تفاوت [٢/ ٤٧٢/ب] فيه، ولهذا تقتص الصحيحة بالزمنة.

فإن قيل: التفاوت في البدل يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص، ولا يمنع استيفاء الأنقص بالأكمل، حتى إن الشلاء تقطع بالصحيحة، وعندكم لا تقطع يد المرأة بيد الرجل.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (الشك) والمثبت من النسخة الثانية.

وَلَنَا: أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكُ الْأَمْوَالِ فَيَنْعَدِمُ التَّمَاثُلُ بِالتَّفَاوُتِ فِي الْقِيمَةِ، وَهُوَ مَعْلُومٌ قَطْعًا بِتَقْوِيمِ الشَّرْعِ فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُهُ، بِخِلَافِ التَّفَاوُتِ فِي الْبَطْشِ، لِأَنَّهُ لَا ضَابِطَ لَهُ، فَاعْتُبِرَ أَصْلُهُ، وَبِخِلَافِ الْأَنْفُسِ، لِأَنَّ الْمُتْلَفَ إِزْهَاقُ الرُّوحِ وَلَا تَفَاوُتَ فِيهِ.

قلنا: نعم إذا كان التفاوت بسبب حسي، كالشلل وفوات بعض الأصابع، أما إذا كان التفاوت بمعنى حكمي؛ فإنه يمنع استيفاء كل واحد لصاحبه، كاليمين مع اليسار، وفي التفاوت الحسي، من له الحق إذا رضي بالاستيفاء يجعل مُبَرِّئًا لبعض حقه، مستوفيًا لما بقي، وذلك جائز، ولهذا لا يستوفي الأكمل بالأنقص، وإن رضي به القاطع؛ لأنه بالرضى يكون باذلًا للزيادة، فلا يحل استيفاء الطرف بالبدل. فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكمي؛ فلا وجه؛ لتمكنه من الاستيفاء هاهنا بطريق إسقاط البعض، ولا بطريق البدل. كذا قيل.

قوله: (وهو معلوم)؛ أي: التفاوت في القيمة معلوم (بتقويم الشرع) فإن الشرع قوَّم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعًا ويقينًا، ولا تبلغ قيمة يد العبد إلى ذلك، ولو بلغت إنما تبلغ بالحزر والظن، فلا تكون مساوية ليد الحر، فينعدم التماثل.

وهذا في الحقيقة جواب عن شبهة ترد على التعليل، وهو أن ما ذكرتم يستقيم بين طرف الحر والعبد، ولا يستقيم بين طرف العبدين[١]، فأما لو فرضنا المسألة فيما إذا استوت قيمة العبدين باتفاق المقومين؛ كانت قيمة أطرافهما أيضًا مستوية، فحينئذ ينبغي أن يجري القصاص بين طرفي العبدين؛ لاستواء قيمتهما.

فقال: لا وجه لذلك؛ لأن طريق معرفة استوائهما الحزر والظن، والمماثلة المشروطة شرعًا لا تثبت بطريق الحزر والظن، كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها.

وفي المبسوط: الدليل على أن المساواة في القيمة شرط لجريان القصاص

---

(١) في الأصل: (العبد) ولعل المثبت أليق بالسياق.

(وَيَجِبُ القِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالكَافِرِ) لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الأَرْشِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِن نِصْفِ السَّاعِدِ، أَوْ جَرَحَهُ جَائِفَةً، فَبَرِئَ مِنْهَا، فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُمَاثَلَةِ فِيهِ، إذ الأَوَّلُ كَسْرُ العَظْمِ وَلَا ضَابِطَ فِيهِ، وَكَذَا البُرْءُ نَادِرٌ، فَيُفْضِي الثَّانِي إِلَى الهَلَاكِ ظَاهِرًا. قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ يَدُ المَقْطُوعِ صَحِيحَةً، وَيَدُ القَاطِعِ شَلَّاءَ، أَوْ نَاقِصَةَ الأَصَابِعِ، فَالمَقْطُوعُ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ قَطَعَ اليَدَ المَعِيبَةَ، وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهَا، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ كَامِلًا) لِأَنَّ

في الأطراف: ما روى عمران بن الحصين، أن عبدًا لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء، فأتوا إلى النبي ﷺ، فلم يقتص منه.

ولأن القيمة معنى اليد شرعًا، والتفاوت في المعنى الشرعي بمنزلة التفاوت في المعنى الحسي، وهو البطش والمشي، إلا أن ذلك التفاوت لا يمكن ضبطه من حيث البطش والمشي، فاعتبر أصل السلامة. أما التفاوت في المعنى وهو قيمة العضو، يمكن اعتباره قطعًا؛ لأنه [مقيد][1] شرعًا، وهذا بخلاف الأنفس؛ لأن الدية فيها بدل الأجزاء لا بدل الروح، والقتل محله الروح، وقد استويا في الروح.

قوله: (**فالمقطوع بالخيار: إن شاء أخذ الأرش كاملًا وإن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له**): ولا يعلم فيه خلاف في الشلاء، وفي ناقصة الأصابع ليس له مع القطع أرش، وبه قال أبو بكر الحنبلي.

وقال الشافعي، وأحمد، ومالك: فالمقطوع يخير، فله أن يقتص ويأخذ أرش المفقودة، وله أن يعفو ويأخذ دية اليد كاملة.

وذكر في المبسوط: وقال الشافعي: له الأرش مطلقًا، ولم يفصل بين الشلل ونقصان الأصابع. وذكر فيه: وكذا لو كانت يد القاطع صحيحة، فسقطت لأَكَلَةٍ، أو قطعت ظلمًا؛ فلا شيء لمن له القصاص عندنا. وعند الشافعي: له الأرش[2].

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٤٦).

اسْتِيفَاءَ الحَقِّ كَامِلًا مُتَعَذِّرٌ، فَلَهُ أَنْ يَتَجَوَّزَ بِدُونِ حَقِّهِ، وَلَهُ أَنْ يَعْدِلَ إِلَى العِوَضِ كَالمِثْلِيِّ إِذَا انْصَرَمَ عَنْ أَيْدِي النَّاسِ بَعْدَ الإِتْلَافِ، ثُمَّ إِذَا اسْتَوْفَاهَا نَاقِصًا، فَقَدْ رَضِيَ بِهِ فَيَسْقُطُ حَقُّهُ كَمَا إِذَا رَضِيَ بِالرَّدِيءِ مَكَانَ الجَيِّدِ (وَلَوْ سَقَطَتِ المَؤُوفَةُ قَبْلَ اخْتِيَارِ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ، أَوْ قُطِعَتْ ظُلْمًا: فَلَا شَيْءَ لَهُ) عِنْدَنَا، لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَيِّنٌ فِي القِصَاصِ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى المَالِ بِاخْتِيَارِهِ فَيَسْقُطُ بِفَوَاتِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُطِعَتْ بِحَقٍّ عَلَيْهِ مِن قِصَاصٍ أَوْ سَرِقَةٍ، حَيْثُ يَجِبُ عَلَيْهِ الأَرْشُ، لِأَنَّهُ أَوْفَى بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا فَصَارَتْ سَالِمَةً لَهُ مَعْنًى.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَاسْتَوْعَبَتِ الشَّجَّةُ مَا بَيْنَ قَرْنَيْهِ، وَهِيَ لَا تَسْتَوْعِبُ مَا

وكذلك في النفس لو مات من عليه القصاص، فهو بناء على ما سبق: أن الواجب عنده أحد الشيئين: إما القصاص، أو الأرش، فإذا تعذر القصاص لفوات محله؛ تعين الآخر. وعندنا: الواجب هو القصاص لا غير، وقد سقط لفوات محله حقيقة وحكمًا.

وفي الحلية: وموجب العمد القود وحده، ولا تجب الدية إلا باختيار العفو على الدية في قول. وفي قول: موجبه أحد الأمرين[١]، فما ذكر في المبسوط على هذا القول.

قوله: (كالمثلي إذا انصرم)؛ أي: إذا انقطع ولم يبق منه إلا ناقصة الصفة، فإن المالك بالخيار: إن شاء أخذه ناقصًا، وإن شاء عدل إلى القيمة إلى ما قلنا، كذا هنا. كذا في المبسوط[٢].

قوله: (فلا شيء له عندنا): يحترز به عن قول الشافعي وأحمد، حيث له الدية عندهما.

قال صاحب المجتبى: وعلى هذا: السن وسائر الأطراف التي يجب فيها القصاص، إذا كان طرف الضارب والقاطع معيبة؛ يتخير المجني عليه بين أخذ الدية كاملًا وبين استيفاء المعيب.

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٧/ ٥٠٤).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٤٦).

بَيْنَ قَرْنَي الشَّاجِّ، فَالمَشْجُوجُ بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ اقْتَصَّ بِمِقْدَارِ شَجَّتِهِ يَبْتَدِئُ مِن أَيِّ الجَانِبَيْنِ شَاءَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الأَرْشَ) لِأَنَّ الشَّجَّةَ مُوجِبَةٌ لِكَوْنِهَا مَشِينَةً فَقَطْ فَيَزْدَادُ الشَّيْنُ بِزِيَادَتِهَا، وَفِي اسْتِيفَائِهِ مَا بَيْنَ قَرْنَي الشَّاجِّ زِيَادَةٌ عَلَى مَا فَعَلَ، وَلَا يَلْحَقُهُ مِن الشَّيْنِ بِاسْتِيفَائِهِ قَدْرَ حَقِّهِ مَا يَلْحَقُ المَشْجُوجَ فَيَنْتَقِصُ، فَيُخَيَّرُ كَمَا فِي الشَّلَّاءِ وَالصَّحِيحَةِ، وَفِي عَكْسِهِ: يُخَيَّرُ أَيْضًا، لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الِاسْتِيفَاءُ كَامِلًا لِلتَّعَدِّي إلَى غَيْرِ

قال برهان الأئمة والد الصدر الشهيد: هذا إذا كان الشلاء لا ينتفع بها لا يكون محلًّا للقصاص؛ فله دية كاملة من غير خيار، وعليه الفتوى.

قوله: (فَالْمَشْجُوجُ بالخيار) بين أخذ الدية والقصاص بلا خلاف.

ولو أراد أن يأخذ [٢/ ٤٧٣/ أ] بعض حقه من مقدم رأسه، وبعضه من مؤخره؛ فعند بعض أصحاب الشافعي لا يجوز. وقيل: يحتمل أن يجوز، إلا أن يقول بعض أهل الخبرة: في ذلك ضرر زائد، فلا يجوز. وعن أحمد وجهين مثل هذا.

قوله: (ولا يلحقه من الشَّين باستيفائه)؛ يعني: لو كان رأس الشاج لا شجة فيها؛ فلا يلحقه من الشين ما يلحق المشجوج، والقصاص ينبئ عن المساواة، خصوصًا في الأطراف. بخلاف ما إذا كان يد القاطع أكثر من يد المقطوع؛ فإنه لا خيار للمقطوع؛ لأن القصاص باعتبار فوات منفعة البطش، وذا لا يتفاوت بين اليد الصغيرة والكبيرة. هذا الفرق في ظاهر الرواية.

وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير: أنه قال لا فرق بينهما؛ لأن في القصاص فيما دون النفس يعتبر المساواة في المحل، ولا ينظر إلى الصغر والكبر، كما في اليد الكبيرة والصغيرة.

وجوابه: ما ذكرنا.

قرنا الرأس فوداه؛ أي: ناحيتاه.

(وفي عكسه)؛ أي: لو كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج؛ يخير أيضًا، ولا شيء له للزيادة. وبه قال أبو بكر الحنبلي.

وقال الشافعي، وأكثر أصحاب أحمد: له أرش ما بقي من شجته؛ لأنه تعذر القصاص فيما جنى عليه، فكان له أرشه، كما لو تعذر في الجميع.

حَقِّهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الشَّجَّةُ فِي طُولِ الرَّأْسِ، وَهِيَ تَأْخُذُ مِن جَبْهَتِهِ إِلَى قَفَاهُ وَلَا تَبْلُغُ إِلَى قَفَا الشَّاجِّ: فَهُوَ بِالخِيَارِ لِأَنَّ المَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ.

قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ وَلَا فِي الذَّكَرِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ إِذَا قُطِعَ مِن أَصْلِهِ يَجِبُ، لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ. وَلَنَا: أَنَّهُ يَنْقَبِضُ وَيَنْبَسِطُ، فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ (إِلَّا أَنْ تُقْطَعَ الحَشَفَةُ) لِأَنَّ مَوْضِعَ القَطْعِ مَعْلُومٌ كَالمَفْصِلِ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضَ الحَشَفَةِ، أَوْ بَعْضَ الذَّكَرِ: فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، لِأَنَّ البَعْضَ لَا يُعْلَمُ مِقْدَارُهُ،

وقلنا: القصاص والدية لا يجتمعان في جرح واحد، وقد تعذر استيفاء حقه كملًا، فيجب الأرش.

(فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف)؛ وهو أن بلوغه إلى قفاه زيادة على ما فعل، وباستيفائه حقه لا يلحقه الشين كما ذكرنا.

قوله: (ولا قصاص في اللسان): وبه قال مالك في رواية، وأبو إسحاق من أصحاب الشافعي.

وعن أبي يوسف: إذا قطع بعضه لا يجب القود، ولو قطع من أصله يجب.

وقال الشافعي، ومالك في رواية، وأحمد: يجب القود في الكل، وفي البعض بقدره؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ﴾ [المائدة:٤٥]، وله حد ينتهي إليه، فاقتص لإمكان المساواة. ولكن لا يقتص لسان ناطق بلسان أخرس؛ لأنه أفضل، ولكن يؤخذ الأخرس عندهم؛ لأنه بعض حقه. ولأنه أمكن القصاص في بعضه، كما أمكن في كله.

(ولا في الذكر): وعند الأئمة الثلاثة: يجب القود في الذكر بقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ﴾، وله حد ينتهي إليه، فيمكن القصاص من غير حيف، فيجب كما في اليد.

(ولنا: أنه)؛ أي: الذَّكَر واللِّسان (ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة) من غير حيف (إلا أن تقطع الحشفة) فحينئذ يجب القود؛ لإمكان المساواة؛ لأنه بمنزلة المفصل.

أما لو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر؛ فلا قود. وعند الأئمة الثلاثة:

بِخِلَافِ الْأُذُنِ إِذَا قُطِعَ كُلُّهُ، أَوْ بَعْضُهُ، لِأَنَّهُ لَا يَنْقَبِضُ وَلَا يَنْبَسِطُ وَلَهُ حَدٌّ يُعْرَفُ، فَيُمْكِنُ اعْتِبَارُ الْمُسَاوَاةِ، وَالشَّفَةُ إِذَا اسْتَقْصَاهَا بِالْقَطْعِ يَجِبُ الْقِصَاصُ، لِإِمْكَانِ

يؤخذ بعضه ببعضه، ويعتبر ذلك [بالأجزاء](١) دون المساحة، فيؤخذ النصف بالنصف، والربع بالربع، وما زاد أو نقص فبحساب من ذلك، كما في الأذن [والأنف](٢).

وقلنا: البعض منه لا يعرف مقداره، بخلاف الأذن؛ فإنه لا ينقبض ولا ينبسط، وله حد يعرف، فيمكن اعتبار المساواة في الكل والبعض في الأذن.

وعن بعض أصحاب الشافعي: لا يجب القود في بعض الأذن.

وحكي عن مالك: أنه لا تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم.

ولو قطع الختّان بعض الحشفة في الصبي أو في العبد؛ فعليه حكومة عدل.

وإن قطع الحشفة كلها، فإن برأ فعليه في العبد كمال القيمة، وفي الصبي كمال الدية، فإذا مات؛ ففي الصبي نصف الدية، وفي العبد نصف القيمة؛ لأن التلف حصل بفعلين، أحدهما مأذون فيه؛ وهو قطع الحشفة، فيجب نصف الضمان.

أما إذا برئ فقطع الجلدة مأذون فيه، فجعل كأن لم [يكن](٣)، وقطع الحشفة غير مأذون فيه، فوجب ضمان الحشفة كاملًا؛ وهو الدية في الصبي.

وفي مجموع النوازل: ما ذكرنا أنه إذا مات فعليه نصف الدية؛ رواية محمد.

وذكر في الأصل: أنه لا يجب شيء إن مات. هكذا ذكر في الذخيرة.

قوله: (والشفة) يجب القود في الشفة **(إن استقصاها في القطع)**؛ يعني: يقطعها من الأصل. وبه قالت الأئمة الثلاثة.

واختار أبو حامد من أصحاب الشافعي: أنه لا يجب القود؛ لعدم إمكان المساواة، كما لو قطع بعضها.

وقلنا: لما استقصى في القطع يمكن اعتبار المساواة.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

اعْتِبَارِ الْمُسَاوَاةِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قُطِعَ بَعْضُهَا لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ اعْتِبَارُهَا.

فَصْلٌ: [وَإِذَا اصْطَلَحَ الْقَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ الْقَتِيلِ عَلَى مَالٍ]

قَالَ: (وَإِذَا اصْطَلَحَ الْقَاتِلُ وَأَوْلِيَاءُ الْقَتِيلِ عَلَى مَالٍ: سَقَطَ الْقِصَاصُ، وَوَجَبَ الْمَالُ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] الْآيَةُ عَلَى مَا قِيلَ: نَزَلَتِ الْآيَةُ فِي الصُّلْحِ. وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ قُتِلَ لَهُ

قوله: (لأنه يتعذر اعتبارها)؛ أي: اعتبار المساواة. هذا رواية القدوري.

وذكر في شرح الطحاوي: إذا قطع شفة رجل، وكان يستطاع أن يقتص منه؛ فعليه القصاص، السفلى بالسفلى، والعليا بالعليا، ولا تؤخذ السفلى بالعليا، ولا العليا بالسفلى.

فَصْلٌ

لما ذكر [٢/ ٤٧٣/ب] القصاص؛ شرع في بيان الصلح والعفو منه؛ إذ هما بعد وجوب القصاص.

قوله: (ووجب المال قليلًا كان أو كثيرًا): بخلاف الخطأ؛ فإن الدية مقدرة شرعًا، والصلح على أكثر من الدية ربا. أما القصاص ليس بمال، فكان التقويم بالعقد، فيتقوم بقدر ما أوجبه الصلح، قلَّ أو كَثُرَ. كذا في الإيضاح.

ولا يعلم فيه خلاف؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال: «**مَن قتلَ عمدًا دُفِعَ إلَى أَولياءِ المَقتولِ، إن شاؤوا قتَلُوا، وإن شاؤوا أخذوا الدِّيةَ وصالَحوا**»[1] رواه الترمذي.

وقال بعض أصحاب الشافعي: إذا صالح على غير جنس الدم؛ لم يصح إذا قلنا: إن الواجب أحد الأمرين، وإن قلنا: الواجب هو القود؛ صح. ولو صالح على أكثر الدية، مثلًا على ديتين؛ فيه وجهان.

قوله: (على ما قيل: نزلت في الصلح): قاله ابن عباس، والحسن، والضحاك، ومجاهد.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٧٣ برقم ٤٥٠٦)، والترمذي (٤/ ١١ برقم ١٣٨٧)، وابن ماجه (٢/ ٨٧٧ برقم ٢٦٢٦) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
قال الترمذي: حديث حسن غريب.

قَتِيلٌ» الحَدِيثُ، ....

تقدير الآية على قولهم: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ﴾[(١)] سهولة، وأريد به ولي[(٢)] القتيل، يقال: خذ ما أتاك عفوًا؛ أي: سهلًا. ﴿مِنْ أَخِيهِ﴾؛ أي: من جهة أخيه المقتول. ﴿شَيْءٌ﴾؛ أي: شيء من المال بطريق الصلح. ﴿فَاتِّبَاعٌۢ بِالْمَعْرُوفِ﴾؛ أي: فله - وهو ولي القتيل - اتباع بالمعروف، يعني: مطالبة بدل الصلح على مجاملة. ﴿وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ﴾؛ أي: بأداء من القاتل، أي: ولي القتيل. ﴿بِإِحْسَٰنٍ﴾ مع الأداء.

وقيل: ذكر (عفي) بصلة اللام، ومعها يراد به البدل، يقال: عفي له؛ أي: بذل له، وقد مر تفسير الآية في الصلح عن دم العمد والخطأ.

وعلى قول أكثر أهل التفسير، حيث قالوا: الآية في عفو بعض أولياء، يدل عليه: قوله: (شيء)؛ فإنه يراد به البعض، تقديره: فمن عفي عنه، وهو القاتل من أخيه في الدين، وهو المقتول شيء من القصاص، بأن عفا بعضهم، وصار نصيب الباقين مالًا.

﴿فَاتِّبَاعٌۢ﴾؛ أي: فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف، أي: بقدر حقوقهم من غير زيادة.

﴿وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ﴾؛ أي ليؤد القاتل إلى غير العافي حقه بإحسان، أي: وافيًا غير ناقص.

وأريد بالمصدر في قوله ﴿فَاتِّبَاعٌۢ﴾ ﴿وَأَدَآءٌ﴾؛ الأمر بهذا الفعل، كما في قوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة:٣]، وقوله: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة:٢٢٩] فالمنقول[(٣)] من الصحابة والتابعين وعليه المفسرون هذان الوجهان. كذا في التفسير.

قوله: (الحديث): آخر الحديث: «**فأهلُهُ بينَ خِيرَتَينِ: إنْ شاؤوا فَادُوا**»، وفي رواية: «**إن شاؤوا قتَلُوا، وإن شاؤوا أخذوا الدية**»[(٤)].

---

(١) في النسختين: (أعطي) وما أثبتناه نص الآية.

(٢) في الأصل: (وفي) والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (فالمقبول) والمثبت من النسخة الثانية.

(٤) سبق تخريجه.

وَالمُرَادُ ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ الأَخْذُ بِالرِّضَا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَهُوَ الصُّلْحُ بِعَيْنِهِ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ ثَابِتٌ لِلْوَرَثَةِ يَجْرِي فِيهِ الإِسْقَاطُ عَفْوًا، فَكَذَا تَعْوِيضًا، لِاشْتِمَالِهِ عَلَى إِحْسَانِ الأَوْلِيَاءِ، وَإِحْيَاءِ القَاتِلِ، فَيَجُوزُ بِالتَّرَاضِي. وَالقَلِيلُ وَالكَثِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ مُقَدَّرٌ، فَيُفَوَّضُ إِلَى اصْطِلَاحِهِمَا كَالخُلْعِ وَغَيْرِهِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرُوا حَالًّا وَلَا مُؤَجَّلًا: فَهُوَ حَالٌّ، لِأَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالعَقْدِ، وَالأَصْلُ فِي أَمْثَالِهِ الحُلُولُ نَحْوُ المَهْرِ وَالثَّمَنِ، بِخِلَافِ الدِّيَةِ لِأَنَّهَا مَا وَجَبَتْ بِالعَقْدِ.

قَالَ: **(وَإِنْ كَانَ القَاتِلُ حُرًّا وَعَبْدًا، فَأَمَرَ الحُرُّ وَمَوْلَى العَبْدِ رَجُلًا بِأَنْ يُصَالِحَ عَنْ دَمِهِمَا عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، فَفَعَلَ، فَالأَلْفُ عَلَى الحُرِّ وَمَوْلَى العَبْدِ نِصْفَانِ)** لِأَنَّ عَقْدَ الصُّلْحِ أُضِيفَ إِلَيْهِمَا.

(وَإِذَا عَفَا أَحَدُ الشُّرَكَاءِ عَنِ الدَّمِ، أَوْ صَالَحَ مِن نَصِيبِهِ عَلَى عِوَضٍ، سَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ عَنِ القِصَاصِ، وَكَانَ لَهُمْ نَصِيبُهُمْ مِنَ الدِّيَةِ).

وَأَصْلُ هَذَا: أَنَّ القِصَاصَ حَقُّ جَمِيعِ الوَرَثَةِ، وَكَذَا الدِّيَةَ، خِلَافًا لِمَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي الزَّوْجَيْنِ. لَهُمَا: أَنَّ الوِرَاثَةَ خِلَافَةٌ، وَهِيَ بِالنَّسَبِ دُونَ السَّبَبِ،

قوله: (على ما بيّناه)؛ أي: في أول الكتاب: أن المراد: يأخذوا الأخذ بالرضا؛ لما أن عندنا: ليس لولي القتيل أخذ الدية إلا برضا القاتل.

قوله: (نص مقدر): بكسر الدال من التقدير.

(كالخلع وغيره)؛ وهو الإعتاق على مال الكتابة.

قوله: (لأن عقد الصلح أضيف إليهما)؛ أي: [إلى][1] الحر والعبد. ولأنه مقابل بالقصاص، والقصاص عليهما.

قوله: (خلافًا لمالك والشافعي في الزوجين): وهذا اللفظ يحمل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية، والمشهور عن مالك: أن القصاص موروث للعصبات الخاصة، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

وقال بعض أصحابه: لذوي الأنساب دون الزوجين؛ لقوله عليه الصلاة

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

لِانْقِطَاعِهِ بِالمَوْتِ، وَلَنَا: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَمَرَ بِتَوْرِيثِ امْرَأَةِ أَشْيَمَ الضَّبَابِيِّ

والسلام: «فَأهْلُهُ بينَ خِيرَتَينِ»(١) وأهله: ذوو رحمه. ولأن المقصود من القصاص درك الثأر، وذلك مختص بالأقارب.

وقال الليث، والزهري، وابن شبرمة، والأوزاعي، والحسن، وقتادة: ليس للنساء عفو.

وقال بعض أهل المدينة: القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء.

وقيل: هو رواية عن مالك؛ لأن حق غير العافي لا يسقط إلا برضاه، ولم يرض بإسقاطه، وقد تؤخذ النفس ببعض النفس، بدليل قتل الجماعة بالواحد.

وعندنا، والشافعي، وأحمد، وأكثر أهل العلم: من وَرِثَ المالَ وَرِثَ القصاص، أما الدية: لا ترث الزوجة من [دية](٢) زوجها عند مالك؛ لما روي أن عمر لم يورثها.

قوله: (**لانقطاعه بالموت**)؛ أي: لانقطاع السبب وهو الزوجية بالموت، ولم يبق لأحدهما حق في نفس الأخذ. بخلاف التركة؛ لأنه ماله.

وفي النهاية: ما ذكره في الكتاب: من أنه لا حَظَّ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي، مخالف لرواية المبسوط، والأسرار، والإيضاح، حيث قال فيها: خلاف لمالك في الدية لا غير. وعند ابن أبي ليلى: لا يثبت فيها حق الزوجين. ولكن ما ذكر في الكتاب صحيح، يعرف بالنظر إلى ما نقلنا من كتبهم.

قوله: (**بتوريث امرأة أشيم الضبابي**): بكسر الضاد، وهو الصواب. [٢/ ٤٧٤/أ]

روي أن رسول الله ﷺ أمر ضحاك بن سفيان الكلابي بأن يورث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها، وقد روي أن عمر رجع إلى هذا الحديث.

وعن عليّ: أنه كان يقسم الدية على من أحرز الميراث.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

مِن عَقْلِ زَوْجِهَا أَشْيَمَ»، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ يَجْرِي فِيهِ الإِرْثُ، حَتَّى أَنَّ مَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا عَنِ ابْنٍ، كَانَ القِصَاصُ بَيْنَ الصُّلْبِيِّ وَابْنِ الِابْنِ، فَيَثْبُتُ لِسَائِرِ الوَرَثَةِ، وَالزَّوْجِيَّةُ تَبْقَى بَعْدَ المَوْتِ حُكْمًا فِي حَقِّ الإِرْثِ، أَوْ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ

وللعامة: قوله ﷺ: «**من تركَ مالًا أو حقًّا فَلِورَثتِهِ**»[1] والقصاص حقه.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «**فأهلُهُ بينَ خِيرَتَينِ**»[2] متناول جميع أهله، من المرأة وغيرها، والمرأة من أهله؛ بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «**وما كانَ يدخلُ أحدٌ علَى أهلِي إلّا مَعِي**»[3] يريد عائشة.

وروي أن عمر أتي برجل قتل قتيلًا، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه، فقالت امرأة المقتول - وهي أخت القاتل -: قد عفوت عن حقي، فقال عمر: الله أكبر، عتق القتيل. رواه أبو داود.

وروى قتادة أن عمر رُفِعَ إليه رجلٌ قتل رجلًا، فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم، فقال عمر لابن مسعود: ما تقول؟ قال: إنه قد أُحرِزَ من القتل، فضرب عمر على كتفه، قال: كُنَيْفٌ مُلِئَ علمًا[4].

قوله: (**والزوجية تبقى حكمًا**) إلى آخره: هذا جواب عمّا قالا: لانقطاعه بالموت.

وقلنا: الدية تجب للميت أولًا، ثم تثبت للورثة، ولا تثبت للميت إلا بأن يستند الموت إلى سببه وهو الجرح، فصار كمال آخر، ولهذا لو أوصى بثلث ماله؛ تدخل الدية في تلك الوصية. يؤيده: ما روي عن علي رضي الله عنه، كما ذكرنا.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٩٧ برقم ٢٢٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣٧ برقم ١٦١٩) بدون لفظ: «أو حقًّا» من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٧٣ برقم ٢٦٦١)، ومسلم (٤/ ٢١٢٩ برقم ٢٧٧٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٤) أخرجه الطبراني (٩/ ٣٤٩ برقم ٩٧٣٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٠/ ١٣ برقم ١٨١٨٧).
قال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح، إلا أن قتادة لم يدرك عمر ولا ابن مسعود رضي الله عنهما.

مُسْتَنِدًا إِلَى سَبَبِهِ، وَهُوَ الجُرْحُ، وَإِذَا ثَبَتَ لِلْجَمِيعِ، فَكُلٌّ مِنْهُمْ يَتَمَكَّنُ مِن الِاسْتِيفَاءِ وَالإِسْقَاطِ عَفْوًا وَصُلْحًا وَمِنْ ضَرُورَةِ سُقُوطِ حَقِّ البَعْضِ فِي القِصَاصِ سُقُوطُ حَقِّ

قوله: (فكل منهم)؛ أي: ممن ورث[(١)] القصاص (يتمكن [من][(٢)] استيفاء القصاص).

وفي النهاية: قال في الأسرار: قال الشافعي: لا يتمكن الزوجان من استيفاء القصاص، ولكن يتملكان الإسقاط والعفو، ولكن ما وجدت ذلك في كتبهم التي عندي.

ولكن ذكر: لو قتل بعض الأولياء القاتل بغير إذن الباقين؛ لم يجب عليه القصاص عند أبي حنيفة، وأحمد، والشافعي في الأصح.

وقال الشافعي [في][(٣)] قول: عليه القصاص؛ لأنه ممنوع عن قتله، ولو قتله مع العلم بعفو شريكه، سواء حكم به حاكم أو لا؛ يجب القود عليه. وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وأحمد.

وقال الشافعي في قول: لا يجب القود؛ لأن فيه شبهة؛ لوقوع الخلاف فيه.

وقلنا: قتل معصومًا مكافئًا، مع العلم أنه لا حق له فيه؛ فيجب عليه القود، كما لو قتله بعد الحكم بالقود، والاختلاف لا يسقط القود، فإنه لو قتل كافر مسلمًا؛ قتلناه مع الاختلاف فيه.

ولو قتله بعد العلم بالعفو؛ لا يجب القود، وعليه الدية. وبه قال أحمد، والشافعي في قول.

وقال الشافعي في قول، وزفر: يجب القود؛ لأنه قتله عمدًا بغير حق.

وقلنا: إذا لم يعلم بالعفو؛ كان القود واجبًا في حقه ظاهرًا، فيصير شبهة في درء ما يسقط بالشبهات.

ولو قتله العافي بعد العفو؛ يجب القود عند أكثر أهل العلم، وبهذا قالت الأئمة الأربعة. وروي عن الحسن: تؤخذ منه الدية.

---

(١) في الأصل: (أي: محروزين) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

البَاقِينَ فِيهِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَجزَّأُ، بِخِلَافِ مَا إذَا قُتَلَ رَجُلَيْنِ، وَعَفَا أَحَدُ الوَلِيَّيْنِ، لِأَنَّ الوَاجِبَ هُنَاكَ قِصَاصَانِ مِن غَيْرِ شُبْهَةٍ، لِاخْتِلَافِ القَتْلِ وَالمَقْتُولِ، وَهَاهُنَا وَاحِدٌ لِاتِّحَادِهِمَا، وَإِذَا سَقَطَ القِصَاصُ، يَنْقَلِبُ نَصِيبُ البَاقِينَ مَالًا، لِأَنَّهُ امْتَنَعَ لِمَعْنًى رَاجِعٍ إِلَى القَاتِلِ، وَلَيْسَ لِلْعَافِي شَيْءٌ مِن المَالِ، لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ بِفِعْلِهِ وَرِضَاهُ، ثُمَّ يَجِبُ مَا يَجِبُ مِن المَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجِبُ فِي سَنَتَيْنِ فِيمَا إذَا كَانَ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ وَعَفَا أَحَدُهُمَا، لِأَنَّ الوَاجِبَ نِصْفُ الدِّيَةِ، فَيُعْتَبَرُ بِمَا إذَا قُطِعَتْ يَدُهُ خَطأً.

وَلَنَا: أَنَّ هَذَا بَعْضُ بَدَلِ الدَّمِ، وَكُلُّهُ مُؤَجَّلٌ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ، فَكَذَلِكَ بَعْضُهُ، وَالوَاجِبُ فِي اليَدِ كُلُّ بَدَلِ الطَّرَفِ، وَهُوَ فِي سَنَتَيْنِ فِي الشَّرْعِ وَيَجِبُ فِي مَالِهِ، لِأَنَّهُ عَمْدٌ.

وقال عمر بن عبد العزيز: الحكم فيه إلى السلطان.

وقلنا: قتل نفسًا معصومة بغير حق. وروى جابر أنه عليه الصلاة والسلام [قال][1]: «لا أُعْفِيَ من قتلَ [بعد أَخْذِ الدِّيَة]»[2][3].

قوله: (لأنه امتنع)؛ أي: القصاص (امتنع لمعنى راجع إلى القاتل)؛ وهو ثبوت عصمة القاتل بعفو البعض، فيجب المال كما في الخطأ، فإن العجز عن القود ثم لمعنى من القاتل؛ وهو كونه خاطئا.

ثم إذا عفا أحد الشريكين؛ فللآخر نصف الدية في مال القاتل، في ثلاث سنين عندنا. وقال زفر: في سنتين، الثلث في سنة، والسدس في سنة أخرى، إلا أن الواجب نصف الدية كما في قطع اليد خطأ، فإنه فيه يجب نصف الدية إلى سنتين بالإجماع.

وقلنا: حقه في بدل النفس، وبدل كل النفس مؤجل إلى ثلاث سنين، فكذا بعض بدله مؤجل إلى ثلاث سنين، فصار كما لو أبرأ الولي القاتل عن نصف الدية، فإن النصف الآخر مؤجل إلى ثلاث سنين. بخلاف بدل الطرف؛ فإنه في سنتين (ويجب في ماله؛ لأنه عمد).

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ١٧٣ برقم ٤٥٠٧) من حديث جابر بن عبد الله ﷺ.

[قَتْلُ جَمَاعَةٍ وَاحِدًا عَمْدًا]

قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا عَمْدًا، اقْتُصَّ مِن جَمِيعِهِمْ) لِقَوْلِ عُمَرَ ﷺ فِيهِ: لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ، وَلِأَنَّ القَتْلَ بِطَرِيقِ التَّغَالُبِ غَالِبٌ، وَالقِصَاصُ مَزْجَرَةٌ لِلسُّفَهَاءِ، فَيَجِبُ تَحْقِيقًا لِحِكْمَةِ الإِحْيَاءِ.

قوله: (اقتص من جميعهم): وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد، وأكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين.

وقال ابن الزبير، والزهري، وابن سيرين، وحبيب بن أبي ليلى، وعبد الملك، وربيعة، وداود، وابن المنذر، وأحمد في رواية: لا يقتلون به، وتجب عليهم الدية؛ لأنه تعالى قال: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة:٤٥] بمفهومه يدل أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة، وأن في القصاص تجب المساواة، ولا مساواة بين العشرة والواحد.

ولنا: إجماع الصحابة، فروى ابن المسيب أن [عمر][(١)] قتل سبعة من أهل [٢/ ٤٧٤/ب] صنعاء قتلوا رجلًا، وقال: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعًا".

وعن علي: أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلًا. وعن ابن عباس: أنه قتل جماعة بواحد، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف؛ لأن شرع القود لحكمة الحياة والزجر عن التغالب، كما قررنا، ومعلوم أن القتل بغير حق في العادة لا يكون إلا بالتغالب والاجتماع، فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد بهذا الفعل، فيجب القود تحقيقًا لمعنى الإحياء، فصار كل واحد قاتلًا كأن ليس معه غيره؛ لأن الروح لا يقبل الوصف بالتجزؤ، فإذا أضيف إليه البعض أضيف إليه الكل، كولاية الإنكاح، فلو لم يجعل هكذا؛ لأدى إلى سد باب القياس، وإبطال الحكم التي وقعت الإشارة إليها. كذا في المبسوط[(٢)].

التمالؤ: التعاون في الملء، وهو الدلو، ثم عم في كل معاونة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٢٧).

(وَإِذَا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً، فَحَضَرَ أَوْلِيَاءُ المَقْتُولِينَ، قُتِلَ لِجَمَاعَتِهِمْ، وَلَا شَيْءَ لَهُمْ غَيْرُ ذَلِكَ، فَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، قُتِلَ لَهُ، وَسَقَطَ حَقُّ البَاقِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْتَلُ بِالأَوَّلِ مِنْهُمْ، وَيَجِبُ لِلْبَاقِينَ المَالُ، وَإِنْ اجْتَمَعُوا وَلَمْ يُعْرَفِ الأَوَّلُ: قُتِلَ لَهُمْ، وَقُسِمَتِ الدِّيَاتُ بَيْنَهُمْ، وَقِيلَ: يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ، فَيُقْتَلُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ. لَهُ: أَنَّ المَوْجُودَ مِنَ الوَاحِدِ قِتْلَاتٌ، وَالَّذِي تَحَقَّقَ فِي حَقِّهِ قَتْلُ وَاحِدٍ، فَلَا تَمَاثُلَ، وَهُوَ القِيَاسُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، إِلَّا أَنَّهُ عُرِفَ بِالشَّرْعِ. وَلَنَا: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَاتِلٌ بِوَصْفِ الكَمَالِ، ....

قوله: (قُتِل له وسقط حق الباقين): وبه قال مالك، والشافعي، واستوفى الباقون[١] الديات من تركته.

وقال أحمد: إن طلبوا القصاص قتل بجماعتهم، ولا شيء له. وإن طلب بعضهم القصاص والبعض الدية؛ قتل بمن طلب القود، وللآخرين الدية.

وعن مالك رواية كقول أحمد.

وقول أحمد والشافعي بناء على أن الواجب للأولياء، إما القصاص وإما الدية كما ذكرنا، فإذا سقط القصاص من غير إبراء؛ ثبت المال.

وقال أحمد: لما اختاروا الكل؛ سقط المال.

قوله: (ولم يعرف)؛ يعني: إذا قتلهم على التعاقب يقتل بالأول، والديات لغيره، وإذا قتلهم معًا؛ يقرع أو تقسم الديات بينهم.

(لأن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه)؛ أي: القاتل الواحد (قتل واحد، ولا تماثل) بين الواحد والأكثر (وهو القياس في الفصل الأول) وهو قتل الجماعة الواحد لعدم التماثل (إلا أنه عرف بالشرع) أو ترك القياس بقضية عمر في أهل صنعاء.

(ولنا: أن كل واحد منهم)؛ أي: الأولياء (قاتله بوصف الكمال) ولهذا لو قتل جماعة واحدًا؛ يكون كل واحد قاتلًا بوصف الكمال؛ إذ لو لم يكن لا

---

(١) في النسختين: (الباقين) والصواب المثبت.

فَجَاءَ التَّمَاثُلُ أَصْلُهُ الفَصْلُ الأَوَّلُ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمَا وَجَبَ القِصَاصُ، ......

يجب القصاص، وإذا كان كذلك؛ لا تجب الدية لعدم اجتماعهما.

(أصله)؛ أي: أصل ثبوت التماثل (الفصل الأول)؛ وهو قتل الجماعة واحدًا.

فإن قيل: فيما ورد النص جعل مثلًا شرعًا على خلاف القياس، وفي موضع لم يرد النص لم يجعل؛ لأن القياس يأبى ذلك.

قلنا: لما سلمت أن العشرة صارت مثلًا للواحد بالنص، فبالضرورة يكون الواحد مثلًا للعشرة؛ لأن المثل اسم مشترك، فلما كان الشيء مثلًا لآخر؛ [يكون الآخر](١) مثله ضرورة، ككونه أخًا له، يكون الآخر أخًا له ضرورة.

فإن قيل: أوجبنا القصاص على الجماعة بقتل الواحد لرد عليه القتل بغير حق، من غير اعتبار المماثلة، وهذا لا يوجد فيما نحن فيه.

قلنا: لا كذلك، بل المماثلة مرعية في جميع الصور في القصاص، ثم الزيادة في العدد أبلغ من الزيادة في الوصف، فإذا كان لا يقتل المسلم بالمستأمن، وعلى قول الخصم بالذمي وبالعبد؛ لانعدام المماثلة في الوصف، مع الحاجة إلى رد غلبة القتل بغير حق، فلأن لا يقتل العشرة بالواحد أولى، ولهذا لا يجب القصاص في كسر العظم؛ لانعدام المماثلة، مع تحقق الحاجة إلى رد غلبة الجناية هنا بغير حق، فعرف أن العشرة إنما تقتل بالواحد بطريق المماثلة.

بيانه: أن القتل لا يتجزأ؛ لأنه إزهاق الروح، وهو لا يتجزأ، فإذا اشترك جماعة فيما لا يتجزأ؛ جعل كل واحد كأن ليس معه غيره، وإذا كان كذلك؛ كان كل واحد قاتلًا على طريق الكمال، وفي هذا المعنى: القتل الذي هو عدوان، والقتل الذي هو جزاء سواء، فإذا اجتمع الأولياء فقتلوه؛ كان كل واحد قاتلًا بكماله، فلا تجب الدية. كذا في المبسوط(٢).

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/١٢٨).

وَلِأَنَّهُ وُجِدَ مِن كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جُرْحٌ صَالِحٌ لِلْإِزْهَاقِ فَيُضَافُ إِلَى كُلٍّ مِنْهُمْ إِذْ هُوَ لَا يَتَجَزَّأُ، وَلِأَنَّ القِصَاصَ شُرِعَ مَعَ المُنَافِي لِتَحْقِيقِ الإِحْيَاءِ وَقَدْ حَصَلَ بِقَتْلِهِ فَاكْتَفَى بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ إِذَا مَاتَ، سَقَطَ القِصَاصُ) لِفَوَاتِ مَحِلِّ الِاسْتِيفَاءِ، فَأَشْبَهَ مَوْتَ العَبْدِ الجَانِي، وَيَتَأَتَّى فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ، إِذِ الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا عِنْدَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَ رَجُلَانِ يَدَ رَجُلٍ وَاحِدٍ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقْطَعُ يَدَاهُمَا، وَالمَفْرُوضُ إِذَا أَخَذَا سِكِّينًا،

(ولأنه وجد من كل واحد من الأولياء جرح صالح للإزهاق) فيكون كل واحد قاتلًا على الكمال، والحكم متى يثبت عقيب العلل؛ لا بد من الإضافة إليها.

والدليل على أن كل واحد قاتل: حلف لا يقتل فلانًا، وآخر حلف كذلك، وآخر حلف كذلك، فاجتمعوا عليه وقتلوه؛ حنث كل واحد منهم، والحنث لا يثبت إلا بوجود الشرط؛ لما ذكرنا أنه لا يتجزأ[1].

قوله: (لأن القصاص شرع مع المنافي): قال عليه الصلاة والسلام: «الآدميُّ بُنيانُ الرَّبِّ، ملعونٌ من هَدمَ بُنيانَ الرَّبِّ»[2].

وأوجب الشرع القصاص لمعنى الانتقام، وتشفي الصدر للولي، ودفع الغيظ عنه (وتحقيقًا للإحياء، وقد [٢/ ٤٧٥/أ] حصل بقتله، فاكتفى به).

قوله: (إذ الواجب أحدهما عنده): إما القتل أو الدية، فإذا فات أحدهما تعين الآخر.

ولو قال لامرأتيه: إحداكما طالق، فمات إحداهما؛ تعينت الأخرى للطلاق، فحينئذ تؤخذ الدية من تركته، وبه قال أحمد. وبقولنا: قال مالك.

قوله: (والمفروض)؛ أي: موضع فرض المسألة الخلافية: إذا أخذ الرجلان سكينًا واحدًا، وأمرّا على يده، حتى لو وضع أحدهما السكين في

---

(١) في الأصل: (يتحمل) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) قال الزَّيلعِيُّ: غريب جدًا. انظر: تخريج أحاديث الكشَّاف (١/ ٣٤٦).

وَأَمَرَّاه عَلَى يَدِهِ حَتَّى انْقَطَعَتْ، لَهُ: الِاعْتِبَارُ بِالْأَنْفُسِ، وَالْأَيْدِي تَابِعَةٌ لَهَا فَأَخَذَتْ حُكْمَهَا، أَوْ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا بِجَامِعِ الزَّجْرِ. وَلَنَا: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَاطِعٌ بَعْضَ الْيَدِ،

جانب، والآخر السكين الآخر من جانب آخر، وأمرّا حتى التقى السكينان؛ لم يجب القود عنده. ذكره في المبسوط[١]. وبقول الشافعي: قال مالك، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور.

وفي المغني لابن قدامة: هذا الخلاف فيما إذا قلعوا عينًا بفعلٍ واحدٍ اشتركوا فيه، أو قطعوا يدًا بسكين واحد يُمِرُّهُ على مفصل جميعًا، أما لو قطع أحدهما بعض المفصل وأتمه الآخر، أو ضرب كل واحد ضربة، أو وضعا منشارًا على المفصل، ثم مده كل واحد مرة مرة حتى بانت؛ فلا قود بلا خلاف[٢].

وبقولنا: قال الثوري، والزهري، والحسن، وابن المنذر.

(**وله**)؛ أي: للشافعي ومن تبعه (**الاعتبار بالأنفس**) ولهذا يجري القصاص في الطرف عنده، في حق كل من يتكافأ بينهما في النفس، ويقتل الجماعة بالواحد، وكذا في الطرف.

(**أو يجمع بينهما**)؛ أي: بين الطرف والنفس (**بجامع الزجر**)؛ سدًّا لباب العدوان، وردًّا للجناية بغير حق بطريق التغالب.

يؤيد ذلك: ما روي عن علي، أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة، فقطع يده، ثم جاء وقالا: هذا هو السارق، وأخطأنا في الأول؛ فرد شهادتهما على الثاني، وغرمهما دية يد الأول، وقال: "لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما"، فأخبر أن القصاص كان واجبًا عليهما لو تعمدا قطع يد واحدة.

(**ولنا: أن كل واحد قاطع بعض اليد**) إلى آخره.

وفي المبسوط: وحاصل هذه المسألة: راجع إلى أن التفاوت يعتبر في الأطراف عندنا، حتى لا تقطع يدان بيد واحدة، وعنده تقطع كما في النفس؛ لوجود قطع اليد من كل واحد؛ إذا وضعا السكين من جانب وأمرّا، بخلاف ما

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٣٧). (٢) المغني لابن قدامة (٨/ ٢٩٣).

لِأَنَّ الِانْقِطَاعَ حَصَلَ بِاعْتِمَادَيْهِمَا، وَالمَحَلُّ مُتَجَزِّئٌ، فَيُضَافُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَعْضُ، فَلَا مُمَاثَلَةَ، بِخِلَافِ النَّفْسِ، لِأَنَّ الِانْزِهَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ، وَلِأَنَّ القَتْلَ بِطَرِيقِ الِاجْتِمَاعِ غَالِبٌ حَذَارِ الغَوْثِ، وَالِاجْتِمَاعُ عَلَى قَطْعِ اليَدِ مِن المِفْصَلِ فِي حَيِّزِ

لو اختلف موضعهما، أو فعلهما أو محل فعلهما؛ فحينئذ يقع فعل كل واحد على بعض العضو، فلا توجد المماثلة. وعندنا: كل واحد قاطع بعض يده، سواء اختلف محل الفعل أو لا؛ لأن القطع هو الفصل بين متصلين، ولهذا يطلق هذا الاسم على الخشب والثياب والحبال، ونحن نتيقن أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر، وهذا شيء يعرفه كل عاقل، فعرف أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد، فلا يجوز أن يقطع جميع يده بقطع بعض اليد؛ لأن المساواة في الفعل معتبرة لا محالة[(١)].

وأما النفس: فالقياس فيها هكذا، [لكن][(٢)] ترك بحديث عمر، والمخصوص من القياس لا يلحق به، إلا ما كان في معناه من كل وجه، والطرف ليس في معنى النفس من كل وجه؛ لأن الفعل في النفس لا يحتمل [التجزيء][(٣)] بما ذكرنا أنه انزهاق الروح، والفعل في الطرف يحتمل التجزيء؛ ألا ترى[(٤)] أن القطع يتحقق في بعض اليد، بأن يقطع بعضها وترك ما بقي، وفي النفس لا يتحقق انزهاق بعض الروح والحياة دون البعض، فلعدم احتمال التجزيء هناك؛ جعل كاملًا في حق كل واحد، ولاحتمال التجزيء هنا؛ جعل كل واحد قاطعًا للبعض.

أما حديث عليّ؛ فمبالغة في الزجر، وإلا لا يجب القصاص على الشهود بالرجوع عندنا ومالك، وقد مر في الشهادات.

قوله: (ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب) إلى آخره: جواب عما جمع الشافعي بين النفس والطرف.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٣٧).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (الأيدي) والمثبت من النسخة الثانية.

النُّدْرَةِ لِافْتِقَارِهِ إِلَى مُقَدَّمَاتٍ بَطِيئَةٍ فَيَلْحَقُهُ الغَوْثُ، قَالَ: وَعَلَيْهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ لِأَنَّهُ دِيَةُ اليَدِ الوَاحِدَةِ وَهُمَا قَطَعَاهَا.

(وَإِنْ قَطَعَ وَاحِدٌ يَمِينَيْ رَجُلَيْنِ، فَحَضَرَا فَلَهُمَا أَنْ يَقْطَعَا يَدَهُ، وَيَأْخُذَا مِنْهُ نِصْفَ الدِّيَةِ يَقْسِمَانِهِ نِصْفَيْنِ، سَوَاءٌ قَطَعَهُمَا مَعًا، أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي التَّعَاقُبِ يُقْطَعُ بِالأَوَّلِ، وَفِي القِرَانِ يُقْرَعُ، ....

قوله: (يميني رجلين): وكذا الحكم لو قطع يساري رجلين.

وقيد به؛ لأنه لو قطع يمين رجل ويسار آخر؛ تقطع يداه. وكذا لو قطع اليمين واليسار من واحد تقطع يداه؛ لأن المماثلة المشروطة في الفعل والمحل موجودة. ذكره في المبسوط[1]، ولا يعلم فيه خلاف.

فإن قيل: ينبغي ألا تقطع يداه؛ لأن فيه تفويت جنس المنفعة، وهو استهلاك حكمي، كما لو سرق ثالثًا لا تقطع يساره؛ لأن فيه استهلاك حكمي بتفويت جنس المنفعة عندنا.

قلنا: في حق كل واحد يعتبر ما استوفى، وفي استيفائه حقه ليس تفويت جنس المنفعة، أما في السرقة؛ الاستهلاك الحقيقي غير مشروع، فكذا الحكمي، وفي القصاص؛ الاستهلاك الحقيقي مشروع إذا وجدت المماثلة، فكذا الحكمي.

(فلهما أن يقطعا يده)؛ أي: يمينه، وبه صرح في المبسوط.

(ويأخذا منه نصف الدية): وبقولنا: قال مالك.

وقال [٢/ ٤٧٥/ب] أحمد: يقطع لهما إن طلبا، ويقسم نصف الدية بينهما. وإن طلب أحدهما القصاص يقطع له، وللآخر الأرش، كما في النفس.

(وقال الشافعي: في التعاقب يقطع الأول): وللآخر الأرش كما في النفس، ولا يقرع كما في النفس، فمن خرجت قرعته؛ فله القطع، وللآخر الأرش، وقد مر.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٣٩).

لِأَنَّ اليَدَ اسْتَحَقَّهَا الأَوَّلُ فَلَا يَثْبُتُ الِاسْتِحْقَاقُ فِيهَا لِلثَّانِي كَالرَّهْنِ بَعْدَ الرَّهْنِ، وَفِي القِرَانِ اليَدُ الوَاحِدَةُ لَا تَفِي بِالحَقَّيْنِ فَتُرَجَّحُ بِالقُرْعَةِ. وَلَنَا: أَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي حُكْمِهِ كَالغَرِيمَيْنِ فِي التَّرِكَةِ، وَالقِصَاصُ مِلْكُ الفِعْلِ يَثْبُتُ مَعَ المُنَافِي فَلَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي حَقِّ الِاسْتِيفَاءِ.

أَمَّا المَحِلُّ: فَخُلُوٌّ عَنْهُ، فَلَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الثَّانِي، بِخِلَافِ الرَّهْنِ، لِأَنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ فِي المَحَلِّ. فَصَارَ كَمَا إِذَا قَطَعَ العَبْدُ يَمِينَيْهِمَا عَلَى التَّعَاقُبِ فَتُسْتَحَقُّ رَقَبَتُهُ لَهُمَا، وَإِنْ حَضَرَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا فَقَطَعَ يَدَهُ، فَلِلْآخَرِ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، لِأَنَّ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ لِثُبُوتِ حَقِّهِ وَتَرَدُّدِ حَقِّ الغَائِبِ، وَإِذَا اسْتَوْفَى لَمْ يَبْقَ مَحِلُّ الِاسْتِيفَاءِ

قوله: (في سبب الاستحقاق)؛ وهو القطع المحسوس يوجب المساواة في الحكم.

وقوله: (والقصاص ملك الفعل): [جواب عن قوله: (أن اليد استحقها الأول) إلى آخره، يعني: كونه مشغولًا بحق الأول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني؛ لأن حق الأول ملك الفعل][1]، وهو إطلاق الفعل.

(يثبت مع المنافي)؛ لأن من عليه حر فلا يظهر حق الأول إلا في حال الاستيفاء؛ لأنه ثابت لضرورته، فيتقدر بقدرها، فلا يثبت حقه في المحل وهو متصور، كما في الاصطياد والاحتشاش، فإن الفعل مملوك والمحل خلو عنه، ولهذا يجب القصاص على قاتل من وجب عليه القصاص بالإجماع، فعرف أن المحل غير مملوك له، فلا يمنع ثبوت حق الثاني.

(بخلاف الرهن)؛ لأنه لثبوت يد الاستيفاء حكمًا، فإذا ثبت للأول؛ استحال ثبوته للثاني، كما في الاستيفاء الحقيقي.

قوله: (فللآخر عليه)؛ أي: على القاطع (نصف الدية) وهو أرش اليد.

قوله: (وتردد في الغائب)؛ يعني: حقه ثابت، ومزاحمة الغائب في الاستيفاء موهوم، عسى أن يعفو وعسى أن لا يحضر، فلا يؤخر الاستيفاء

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ الآخَرِ فِي الدِّيَةِ، لِأَنَّهُ أَوْفَى بِهِ حَقًّا مُسْتَحَقًّا.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ بِقَتْلِ العَمْدِ لَزِمَهُ القَوَدُ) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ، لِأَنَّهُ يُلَاقِي حَقَّ المَوْلَى بِالإِبْطَالِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالمَالِ، وَلَنَا: أَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهَمٍ فِيهِ،

المعلوم لمكان الموهوم، كأحد الشفيعين إذا حضر والآخر غائب؛ فإنه يقضي بالجميع له لهذا المعنى.

(**فيتعين حق الآخر الغائب في الدية؛ لأنه أوفى به**)؛ أي: بالقطع (**حقًّا مستحقًّا**) له عليه، فلو قضى القاضي بينهما، ثم عفى أحدهما قبل استيفاء الدية؛ فللآخر القود عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعن محمد: له الأرش؛ لأن القاضي إذا قضى بالقود والأرش بينهما؛ فقد أثبت الشركة، فإذا عفا أحدهما لم يتمكن الآخر من استيفاء الكل.

ولهما: أن الإمضاء من القضاء في العقوبات، فصار كما لو عفا قبل القضاء، ولو عفا أحدهما قبل القضاء؛ فللآخر القود؛ لزوال المزاحمة، كذا هاهنا.

ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق فلهما دية؛ لأنه فات المحل بالظلم، وصار كما لو سقط بأكلة، فإذا سقط حقهما في القصاص بقي في الدية، والقاطع الأول بالخيار: إن شاء[1] قطع ذراع القاطع، وإن شاء ضمنه دية اليد، وحكومة العدل في الذراع إلى المرفق.

قوله: (فإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود): وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(**وقال زفر: لا يصح إقراره**): وقيد بالعمد؛ لأنه لو أقر بالخطأ لا يصح إقراره بالاتفاق، سواء كان مأذونًا أو محجورًا؛ لأن إقراره بالخطأ ليس من باب التجارة، فكان إقراره على مولاه، فلا يصح. ذكره في المبسوط.

لزفر: أن إقراره يؤدي إلى إبطال حق مولاه، فلا يصح، كإقراره بالخطأ والمال.

---

(١) في الأصل: (إن شاع) والمثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ مُضِرٌّ بِهِ فَيُقْبَلُ، وَلِأَنَّ العَبْدَ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ عَمَلًا بِالآدَمِيَّةِ، حَتَّى لَا يَصِحَّ إِقْرَارُ المَوْلَى عَلَيْهِ بِالحَدِّ وَالقِصَاصِ، وَبُطْلَانُ حَقِّ المَوْلَى بِطَرِيقِ الضِّمْنِ، فَلَا يُبَالَى بِهِ.

(وَمَنْ رَمَى رَجُلًا عَمْدًا، فَنَفَذَ السَّهْمُ مِنْهُ إِلَى آخَرَ، فَمَاتَا، فَعَلَيْهِ القِصَاصُ لِلْأَوَّلِ، وَالدِّيَةُ لِلثَّانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّ الأَوَّلَ عَمْدٌ، وَالثَّانِي أَحَدُ نَوْعَيِ الخَطَأِ، كَأَنَّهُ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ آدَمِيًّا، وَالفِعْلُ يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الأَثَرِ.

فَصْلٌ: [بَيَانُ حُكْمِ الفِعْلَينِ فِي الجِنَايَاتِ]

ولنا: أن العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم والحياة، (ولهذا لا يصح إقرار المولى عليه بالقصاص والحد) إلى آخر ما ذكرنا في المتن.

قوله: (وبطلان حق المولى) إلى آخره: جواب عن قول زفر، يعني: بطلان حق المولى ضمني، فلا يبالي، كما لو تزوج رجل في مرض الموت على مهر معين، ومات؛ فهي أسوة للغرماء، والتزام المهر يضر بهم، إلا أنه يثبت ضمنًا للنكاح.

(فلا يبالى به): بخلاف إقراره بالمال؛ لأنه يضر به المولى لا في ضمن شيء، فيتهم في إقراره، ولا يضره، وأما هاهنا يضر هو به؛ لأنه يقتل به.

قوله: (والفعل يتعدد بتعدد الأثر)؛ أي: الفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره، فصار بمنزلة فعلين، فإن الرمي الواحد جاز أن يتعدد بتعدد آثاره، فإن الرمي إذا أصاب حيوانًا ومزق جلده؛ سمي جرحًا، وإذا قتله يسمى قتلًا، وإذا أصاب كوزًا وفرق أجزاءه؛ يسمى كسرًا باعتبار اختلاف المحل، فجاز أن يكون الفعل الواحد[1] عمدًا بنسبة محل، وخطأً بنسبة محل آخر.

فَصْلٌ

لما ذكر حكم الفعل الواحد؛ شرع في حكم الفعلين؛ إذ الاثنين بعد الواحد.

---

(١) في الأصل: (الواجب) والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَأً، ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ أَنْ تَبْرَأَ يَدُهُ، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا، ثُمَّ قَتَلَهُ خَطَأً، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ خَطَأً، فَبَرِئَتْ يَدُهُ، ثُمَّ قَتَلَهُ خَطَأً، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا فَبَرِئَتْ، ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالأَمْرَيْنِ جَمِيعًا) وَالأَصْلُ فِيهِ: أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الجِرَاحَاتِ وَاجِبٌ مَا أَمْكَنَ تَتْمِيمًا لِلأَوَّلِ، لِأَنَّ القَتْلَ فِي الأَعَمِّ يَقَعُ بِضَرَبَاتٍ مُتَعَاقِبَةٍ، وَفِي اعْتِبَارِ كُلِّ ضَرْبَةٍ بِنَفْسِهَا بَعْضُ الحَرَجِ، إِلَّا أَنْ لَا يُمْكِنَ الجَمْعُ فَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ، وَقَدْ تَعَذَّرَ الجَمْعُ فِي هَذِهِ الفُصُولِ فِي الأَوَّلَيْنِ، لِاخْتِلَافِ حُكْمِ الفِعْلَيْنِ، وَفِي الآخَرَيْنِ لِتَخَلُّلِ البُرْءِ، وَهُوَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَتَخَلَّلْ وَقَدْ تَجَانَسَا، بِأَنْ كَانَا خَطَأَيْنِ، يُجْمَعُ بِالإِجْمَاعِ لِإِمْكَانِ الجَمْعِ وَاكْتَفَى بِدِيَةٍ وَاحِدَةٍ (وَإِنْ كَانَ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا، ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ أَنْ تَبْرَأَ يَدُهُ، فَإِنْ شَاءَ الإِمَامُ قَالَ: اقْطَعُوهُ ثُمَّ اقْتُلُوهُ، وَإِنْ شَاءَ قَالَ: اقْتُلُوهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُقْتَلُ وَلَا تُقْطَعُ يَدُهُ(*)، لِأَنَّ الجَمْعَ مُمْكِنٌ لِتَجَانُسِ الفِعْلَيْنِ وَعَدَمِ تَخَلُّلِ البُرْءِ، فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا.

قوله: (يؤخذ بالأمرين): حتى يجب القصاص في العمد، والأرش في الخطأ، سواء تخلل بينهما برء أو لا؛ لأنهما فعلان مختلفان حقيقة، فإن أحدهما قطع والآخر قتل، وموجب أحدهما القصاص، وموجب الآخر الأرش، فيمكن الجمع، وإنما تجعل جناية واحدة إذا كان موجبهما واحدًا، بأن كانا خطأين أو كانا عمدين، فإن كان أحدهما عمدًا والآخر خطأً؛ فلا يمكن إدخال أحدهما في الآخر، فيؤخذ بالأمرين. [٢/٤٧٦/أ] كذا في المبسوط[١]، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -)، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد في رواية، وأبو ثور.

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد (يقتل ولا تقطع يده) وبه قال أحمد في رواية، والثوري، وعطاء؛ لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «**لَا قَوَدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ**»[٢]. رواه ابن ماجه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٧٠).

(٢) سبق تخريجه.

وَلَهُ: أَنَّ الجَمْعَ مُتَعَذِّرٌ، إِمَّا لِلِاخْتِلَافِ بَيْنَ الفِعْلَيْنِ هَذَيْنِ، لِأَنَّ المُوجِبَ القَوَدُ، وَهُوَ يَعْتَمِدُ المُسَاوَاةَ فِي الفِعْلِ وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ القَتْلُ بِالقَتْلِ، وَالقَطْعُ بِالقَطْعِ، وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ، أَوْ لِأَنَّ الحَزَّ يَقْطَعُ إِضَافَةَ السِّرَايَةِ إِلَى القَطْعِ، حَتَّى لَوْ صَدَرَ مِن شَخْصَيْنِ يَجِبُ القَوَدُ عَلَى الحَازِّ، فَصَارَ كَتَخَلُّلِ البُرْءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ وَسَرَى، ....

ولأن القصاص أحد بدلي النفس، فيدخل حكم الطرف في الجملة كالدية، وقد أمكن التداخل لتجانس الفعلين، والثاني يصلح مُتمِّمًا للأول؛ لأن القطع يصلح مزهقًا للروح بالسراية، والقتل متممًا له قبل تخلل البرء، فصار كما إذا قطع وسرى القطع، وبعد تخلل البرء صار القطع كالعدم، فلا يجعل القتل مُتمِّمًا فلا يجمع، وهذا بالإجماع. وبخلاف ما لو كانا مختلفين، بأن كان أحدهما عمدًا والآخر خطأً؛ لأن الثاني لا يصلح مُتمِّمًا، فلا يمكن الجمع بلا خلاف.

قوله: (وله)؛ أي: لأبي حنيفة ومن تبعه (أن الجمع متعذر) ومعنى الجمع هاهنا الاكتفاء بالقتل (إما للاختلاف بين الفعلين) فإن أحدهما إبانة الجزء عن الجملة، ويسلك مسلك الأموال، والآخر إزهاق الروح.

(لأن الموجب) للفعلين (القود، وهو)؛ أي: القود (يعتمد المساواة في الفعل) قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل:١٢٦]، وقال تعالى: ﴿فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤].

(وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع، وهو)؛ أي: القود الذي يعتمد المساواة (متعذر) فيما قاله الخصم؛ لأنه يكون القتل الفرد بمقابلة القتل والقطع.

قوله: (ولأن الحز)؛ أي: حز الرقبة (يقطع إضافة السراية إلى القطع)؛ أي: يمنع السراية؛ لما أن موجب القطع قد يكون برءًا، وقد يكون سراية، فالحز منع السراية، فيكون الحز ماحية لأثر القطع وهو السراية، إلى آخر ما ذكر في المتن، إلى قوله: (فصار كتخلل البرء).

فإن قيل: لو كان بمنزلة تخلل البرء؛ ينبغي ألا يكون للإمام خيار، كما لو تخلل البرء.

لِأَنَّ الفِعْلَ وَاحِدٌ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا خَطَأَيْنِ، لِأَنَّ المُوجَبَ الدِّيَةُ، وَهِيَ بَدَلُ النَّفْسِ مِن غَيْرِ اعْتِبَارِ المُسَاوَاةِ، وَلِأَنَّ أَرْشَ اليَدِ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ اسْتِحْكَامِ أَثَرِ الفِعْلِ، وَذَلِكَ بِالحَزِّ القَاطِعِ لِلسِّرَايَةِ، فَيَجْتَمِعُ ضَمَانُ الكُلِّ وَضَمَانُ الجُزْءِ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَا يَجْتَمِعَانِ، أَمَّا القَطْعُ وَالقَتْلُ قِصَاصًا يَجْتَمِعَانِ.

قلنا: المسألة مجتهد فيها، فالقاضي يقضي على ما وافق رأيه.

قال شمس الأئمة السرخسي: أشار هاهنا إلى أن الخيار إلى الإمام عنده، يعين أيهما شاء، وليس كذلك؛ بل الخيار للولي؛ لأن القصاص حقه، وإنما الخيار للإمام في فصل قطاع الطريق عنده، إذا قتلوا وأخذوا المال. ذكره في الأسرار، وجامع المحبوبي.

وقيل: معنى ما قال في المتن: أن هذا[١] من الإمام اجتهاد في محله، فعليه أن يتبعه فيما يقطع الإمام خياره عليه.

وفي النهاية الشاهية: روي عن نصر بن سلام أنه كان يقول: الخلاف فيما إذا قطع يده في مجلس، وقتله في مجلس آخر، أما إذا وجد في مجلس واحد؛ يقتل ولا يقطع، وتجعل الجنايتان بسبب اتحاد المجلس جناية واحدة. ولكن في عامة الروايات ذكره مطلقًا.

وفي المستصفى[٢]: ولا يعتبر اتحاد المجلس وتعدده في الظاهر.

قوله: (لأن الفعل واحد): والقصاص جزء الفعل.

(وبخلاف ما إذا كانا خطأين): حيث يكتفى بدية واحدة؛ لأن الدية بدل النفس، صيانة للمحل عن الإهدار من غير اعتبار المساواة.

(ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل)؛ يعني: لو وجب إنما يجب عند الجزء، وذا لا يمكن؛ لاجتماع ضمان الكل والجزء في حالة واحدة، وهي حالة الجزء.

(أما القطع والقتل قصاصًا يجتمعان)؛ لأن العمد يبتني على التغليظ

---

(١) في الأصل: (بهذا) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (المصفى) والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ، فَبَرَأَ مِن تِسْعِينَ، وَمَاتَ مِن عَشَرَةٍ، فَفِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا بَرَأَ مِنْهَا لَا تَبْقَى مُعْتَبَرَة فِي حَقِّ الأَرْشِ وَإِنْ بَقِيَتْ مُعْتَبَرَةً فِي حَقِّ التَّعْزِيرِ فَبَقِيَ الِاعْتِبَارُ لِلْعَشَرَةِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ جِرَاحَةٍ انْدَمَلَتْ وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ....

والتشديد، ولهذا يقتل العشرة بواحد، وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ، وتحقيق معنى الانتقام والتشفي، فيتعين ذلك العمد. بخلاف الخطأ؛ فإنه مبني على التخفيف، ولهذا لا تتعدد الدية بتعدد القاتلين. وإنما أثبتنا الخيار للولي؛ لاحتمال أن يكون القتل متممًا للقطع كما قالا، فيثبت له الخيار. كذا في المبسوط[1].

فإن قيل: يشكل بمن قطع إصبع رجل، ثم قطع الكف قبل البرء؛ حيث يلزمه القصاص في الكف دون الإصبع، وقد زال بفعلين.

قلنا: لأن الجمع بينهما غير ممكن؛ لأنا متى فصلنا قطع الكف عن قطع الإصبع لم يجب القصاص، وأنها قطعت وهي ناقصة الطرف، وكف القاطع كاملة، فاعتبروا لهذه الضرورة كجناية واحدة، وإن كان فيها لغو الإصبع؛ لأنها أهون من الكف.

ولأن القصاص في الطرف لا يصير متعددًا بأعداد القاطعين، كجماعة قطعوا يدًا واحدة، وكذلك عدد القطع من واحد بخلاف النفس. كذا في الأسرار.

قوله: (ومات من عشرة): وهذا إذا ضرب [٢/٤٧٦/ب] عشرة في موضع، وتسعين في موضع آخر، فَبرِئ موضع التسعين، وسرى موضع العشرة، وإلا يمكن الفرق بين سراية العشرة وبرء تسعين.

قوله: (على أصل أبي حنيفة): قيد بقوله: **(لم يبق لها أثر)** [حتى لو بقي أثر][2] الجراحة من نقصان وغيره؛ تجب حكومة العدل بلا خلاف لأحد.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٦٩).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي مِثْلِهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ تَجِبُ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ (وَإِنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ وَجَرَحَتْهُ، وَبَقِيَ لَهُ أَثَرٌ، تَجِبُ حُكُومَةُ العَدْلِ) لِبَقَاءِ الأَثَرِ وَالأَرْشِ إِنَّمَا يَجِبُ بِاعْتِبَارِ الأَثَرِ فِي النَّفْسِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَعَفَا المَقْطُوعَةُ يَدُهُ عَنِ القَطْعِ، ثُمَّ مَاتَ مِن ذَلِكَ، فَعَلَى القَاطِعِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، ....

أما إذا لم يبق لها أثر لا يجب شيء؛ لأنه لا قيمة لمجرد الألم، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ ألا ترى أنه لو ضربه أو لطمه أو وكزه، فتألم ولم يؤثر فيه؛ لا يجب شيء. ذكره المحبوبي، وهو ظاهر الجواب، ويجب عليه التعزير.

(وعن أبي يوسف: حكومة عدل في مثله): وتفسير[(١)] حكومة العدل يجيء في آخر فصل الشجاج.

(وعن محمد: أنه تجب أجرة الطبيب): وثمن الأدوية، ويحتمل أن يكون هذا تفسيرًا للأول. كذا في الكافي.

وذكر بكر: لا قصاص في اللطم والوكزة والضربة بالسوط؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة، إلا إذا رضي الضارب به فيستوفي؛ لأن الامتناع لحقه؛ كيلا يستوفي منه أكثر مما جنى عليه، فإذا رضي فقد أسقط حقه في الزيادة.

وفي النوازل: قال لآخر: يا خبيث؛ جاز له أن يقول: بل أنت؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا يُحِبُّ ٱللَّهُ ٱلْجَهْرَ بِٱلسُّوٓءِ مِنَ ٱلْقَوْلِ إِلَّا مَن ظُلِمَ﴾ [النساء:١٤٨]، وكذا كل كلمة لا توجب الحد.

وقيل: معنى الآية: وهو الرجل يشتمك فتشتمه، ولكن إن افترى عليك فلا تفتر عليه. كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: (فعلى القاطع الدية في ماله): وبه قال الشافعي، وأحمد.

وعن مالك: يجب القود؛ لأن الجناية صارت نفسًا ولم يقف عنها.

وقلنا: استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه متعذر[(٢)]، فسقط في النفس، كما لو عفا بعض الأولياء.

---

(١) في الأصل: (تفسد) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (مقدر) والمثبت من النسخة الثانية.

وَإِنْ عَفَا عَنِ القَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ، ثُمَّ مَاتَ مِن ذَلِكَ، فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ خَطَأً فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِن جَمِيعِ المَالِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا : إِذَا عَفَا عَنِ القَطْعِ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ أَيْضًا(*)، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا عَفَا عَنِ الشَّجَّةِ، ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ، لَهُمَا : أَنَّ العَفْوَ عَنِ القَطْعِ عَفْوٌ عَنْ

ولأن الجناية لم يبق فيها قصاص بعد العفو مع إمكانه، فلم تجب بسرايتها، كما لو قطع مرتدًّا، ثم أسلم ثم مات منها.

ثم عند الشافعي: إن عفا على مال فله الدية كاملة، وإن عفا على غير مال وجبت الدية، إلا أرش الجرح الذي عفا عنه؛ لأن الجناية أوجبت الضمان، فكانت مضمونة، وإنما سقط أرشها بعفوه عنها، فإذا سرت يجب غيره.

وقلنا: تجب الدية كاملة؛ لأن الجناية صارت نفسًا، وحقه في النفس لا فيما عفا عنه، وإنما سقط القود للشبهة.

قوله: (فهو عفو عن النفس): سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية. وبه قال مالك، وأحمد، وطاووس، والحسن، وقتادة، والأوزاعي.

قال أصحاب الشافعي: إذا قال: عفوت عن الجناية وما يحدث عنها؛ ففيه قولان: أحدهما: أنه وصية، تبنى على الوصية للقاتل. وفيها قولان: أحدهما: لا يصح[1]، فتجب دية النفس إلا دية الجرح. والثاني: تصح، فإن خرجت من الثلث سقط، وإلا سقط منها ما يخرج من الثلث، ووجب الباقي.

والقول الثاني: ليس بوصية؛ لأنه إسقاط في الجناية، فلا يصح، وتلزمه دية النفس إلا دية الجرح.

(ثم إن كان) الجرح (خطأ فهو)؛ أي: العفو (من الثلث)؛ لأنه وصية بالمال (وإن كان عمدًا فمن جميع المال).

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد (العفو عن القطع عن نفس).

قال القاضي الحنبلي: ظاهر كلام أحمد يقتضي هذا، كما لو قال: عفوت عن الجناية؛ فإنه عفو عما يحدث عنها.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (تصلح) والمثبت من النسخة الثانية.

مُوجِبِهِ، وَمُوجِبُهُ القَطْعُ لَو اقْتَصَرَ، أَو القَتْلُ إِذَا سَرَى، فَكَانَ العَفْوُ عَنْهُ عَفْوًا عَنْ أَحَدِ مُوجِبَيْهِ أَيُّهُمَا كَانَ، وَلِأَنَّ اسْمَ القَطْعِ يَتَنَاوَلُ السَّارِيَ وَالمُقْتَصِرَ، فَيَكُونُ العَفْوُ عَنْ قَطْعٍ عَفْوًا عَنْ نَوْعَيْهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا عَفَا عَنِ الجِنَايَةِ، فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ الجِنَايَةَ السَّارِيَةَ وَالمُقْتَصِرَةَ، كَذَا هَذَا، وَلَهُ: أَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ قَدْ تَحَقَّقَ، وَهُوَ قَتْلُ نَفْسٍ مَعْصُومَةٍ مُتَقَوِّمَةٍ، وَالعَفْوُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ بِصَرِيحِهِ، لِأَنَّهُ عَفَا عَنِ القَطْعِ وَهُوَ غَيْرُ القَتْلِ، وَبِالسِّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّ الوَاقِعَ قَتْلٌ وَحَقُّهُ فِيهِ وَنَحْنُ نُوجِبُ ضَمَانَهُ. وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ وَهُوَ القِيَاسُ، لِأَنَّهُ هُوَ المُوجِبُ لِلْعَمْدِ، إِلَّا أَنَّ فِي الِاسْتِحْسَانِ تَجِبُ الدِّيَةُ، لِأَنَّ صُورَةَ العَفْوِ أَوْرَثَتْ شُبْهَةً، وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقَوَدِ. وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ السَّارِيَ نَوْعٌ مِنَ القَطْعِ، وَأَنَّ السِّرَايَةَ صِفَةٌ لَهُ، بَلِ السَّارِي قَتْلٌ مِنَ الِابْتِدَاءِ، وَكَذَا لَا مُوجِبَ لَهُ مِنْ حَيْثُ كَوْنِهِ قَطْعًا، فَلَا يَتَنَاوَلُهُ العَفْوُ، ....

قوله: (يتناول الساري): ولهذا لو قال لغيره: اقطع يدي، فقطع ثم سرى إلى النفس؛ لا يضمن القاطع شيئًا بالإجماع. كذا ذكره شيخ الإسلام.

(فيكون العفو عنه)؛ أي: عن القطع **(عفوًا[1] عن نوعيه)** وهو المقتصر والساري، كما لو قال للغاصب: أبرأتك عن الغصب؛ يكون إبراء عن ضمانه، وهو رد العين عند قيامه، ورد قيمته عند هلاكه.

(فإنه)؛ أي: العفو عن الجناية **(يتناول السارية والمقتصرة)** بلا خلاف لأحد، فكذا هذا.

قوله: (بل الساري قتل من الابتداء)؛ لأن القتل فعل مزهق للروح، فلما عقبه انزهاق الروح؛ عرفنا أنه كان قتلًا.

(لا موجب له)؛ أي: للساري، فإن القطع قودًا ليس بموجب للقطع الساري.

قوله: (فلا يتناوله العفو)؛ أي: لا يتناول العفو القطع الساري؛ لأنه قتل، والقطع غير القتل.

---

(١) في الأصل: (عفو) والمثبت هو الصواب.

بِخِلَافِ العَفْوِ عَنِ الجِنَايَةِ، لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ، وَبِخِلَافِ العَفْوِ عَنِ الشَّجَّةِ وَمَا يَحْدُثُ

(**بخلاف العفو عن الجناية لأنه**)؛ أي: لفظ الجناية (**اسم جنس**) فيتناول الساري وغيره؛ وهذا لأن المعتبر في الجناية مآلها؛ ألا ترى أن أصل الفعل قد لا يكون موجبًا للقصاص، وبالسراية يتبين أنه كان موجبًا، وقد يكون موجبًا للقصاص، فبالسراية يتبين أنه كان غير موجب، كما لو قطع يده من المفصل فسرى إلى نصف الساعد، وباعتبار المال هنا يتبين أنه لم يكن له حق في اليد؛ ألا ترى أنه لو [٢/ ٤٧٧/أ] قال الولي بعد السراية: عفوتك عن اليد؛ لم يصح، فكذا قبل السراية. ولو قال المجني عليه: عفوتك عن القتل ثم اقتصر؛ لم يصح، فكذا إذا قال: عفوتك عن اليد فسرى.

فإن قيل: يشكل بما قال في الجامع الصغير: أن عبدًا لو قطع يد شخص، فصالح مولاه عن القطع، على أن يدفع العبد إليه؛ فأعتقه المجني عليه ثم مات؛ فإن العتق نافذ، والعبد صلح بالجناية، فلما كان الصلح عن القطع صلحًا عن السراية، فكذلك العفو.

وكذا في الجامع الكبير: ادعى على رجل شجة مع السراية، وشهد أحدهما والآخر بها، وبالسراية تقبل شهادتهما على الشجة، ولو لم تكن الشجة بعد السراية صفة؛ لما قبلت لاختلاف الشاهدين.

وكذا لو قال: اقطع يدي، فقطعه المأمور ثم سرى؛ لا يضمن القاطع؛ دل أن اسم القطع يتناول الساري. وكذا عدم وجوب القصاص في النفس والعفو عن القطع؛ يدل على أن العفو عن القطع عفو عما يحدث عنه، وإلا يوجب القصاص كما قال مالك.

قلنا: في مسألة الجامع الصغير: لو لم يعتق العبد حتى سرى؛ فالصلح باطل، والقصاص واجب عند أبي حنيفة.

قيل: ما ذكر هنا جواب القياس. وقيل: بل يفرق أبو حنيفة ويقول: الصلح مضاف إلى العبد، والعفو ليس بسبب؛ لثبوت حقه في النفس، وهنا العفو يلاقي المعفو؛ وهو القطع أو الشجة، وهو سبب لثبوت حقه في النفس، فيصير ذلك شبهة في إسقاط القود.

مِنْهَا، لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي العَفْوِ عَنِ السِّرَايَةِ وَالقَتْلِ، وَلَوْ كَانَ القَطْعُ خَطَأً فَقَدْ أَجْرَاهُ مَجْرَى العَمْدِ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ وِفَاقًا وَخِلَافًا، آذَنَ بِذَلِكَ إِطْلَاقَهُ، ....

وأما مسألة الجامع الكبير؛ قيل: إنها قول محمد، ثم إنما تبين أن الحق في النفس إذا ثبتت السراية، ولم تثبت؛ لأن الشاهد بها واحد، وبدون السراية الحق في الشجة، وقد اتفق الشاهدان عليه، فتثبت الشجة.

وأما مسألة الإذن بقطع اليد، فإنما سقط الضمان من القاطع؛ لأنه لما قطع يده بإذنه فقد انتقل الفعل إليه، وصار كأنه قطع يد نفسه بنفسه ومات، فلم يضمن، فانتفاء الضمان بهذا الطريق؛ لأنه لو جعل هذا إذنًا بما يحدث منه؛ لكان إذنًا بالقتل حينئذ، وفيه تجب الدية على القاطع إذا مات، كما لو قال: اقتلني، فقتله؛ فإن هناك تجب الدية على القاتل.

وأما عدم وجوب القصاص: فإن العفو وإن بطل معنى من حيث إنه صار القطع قتلًا؛ لكنه بقي صورة القطع، وكان شبهة في درء القصاص؛ ألا ترى أن المقيم إذا سافر بعد طلوع الفجر في رمضان ثم أفطر؛ لا كفارة عليه، وإن كان هذا السفر لا يبيح الإفطار في هذا اليوم لقيام صورته، كذا هاهنا. كذا في المبسوط[١]، وجامع المحبوبي.

قوله: (ولو كان القطع خطأ فأجراه)؛ أي: محمد (مجرى العمد) حتى لو قال: عفوتك عن القطع الخطأ؛ كان عفوًا عن الدية عندهما إذا سرى، وعن أرش اليد عند أبي حنيفة في هذه الوجوه الأربعة: وهي العفو عن القطع مطلقًا، والعفو عن القطع وما يحدث منه، والعفو عن الشجة، والعفو عن الجناية.

(وفاقًا)؛ أي: اتفاقًا، وهو في موضعين: في العفو عن القطع وما يحدث منه، والعفو عن الجناية (وخلافًا)؛ أي: اختلافًا، وهو في موضعين: في العفو عن القطع عندهما عفو عن الدية، وعنده عفو عن أرش اليد، والثاني عفو عن الشجة إذا سرت، فعندهما عفو عن الدية، وعنده عفو عن أرش الشجة.

(آذن بذلك)؛ أي: أعلم، من الإيذان (إطلاقه)؛ أي: إطلاق لفظ الجامع

---

(١) المبسوط للسَّرَخسِي (٢٤/ ٩٢).

إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ خَطَأً فَهُوَ مِن الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَهُوَ مِن جَمِيعِ المَالِ، لِأَنَّ مُوجِبَ العَمْدِ القَوَدُ، وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الوَرَثَةِ، لِمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَى بِإِعَارَةِ أَرْضِهِ.

الصغير، وهو قوله: (ومن قطع يد رجل فعفا) إلى آخره، فلم يتعرض العمد والخطأ، فكان متناولًا لهما.

لا يقال: لفظه مقيد، بدليل قوله: (فعلى القاطع الدية في ماله)، وذلك يبين أن مراده العمد، وإلّا لأوجبت الدية على العاقلة؛ لأنا نقول: ممكن أن هذا جواب أحد نوعي القطع، فكان تقديره: الدية إن كان القطع عمدًا، وهذا لا يخرج اللفظ عن إطلاقه، فيعتبر في الخطأ عن الثلاث. وبه قال مالك، وأحمد، والثوري، والأوزاعي، وعمر بن عبد العزيز، وإسحاق؛ لأن الوصية هاهنا بمال، ولا تفاوت بين الصور الأربع.

قوله: (كما إذا أوصى بإعارة أرضه)؛ أي: لا يتقيد جواز الإعارة بالثلث، سواء كان ذلك في الصحة أو المرض؛ لأن المنافع ليست بمال، فلم يتعلق به حق الورثة؛ لأن ذلك بطريق الخلافة، وحكم الخلف لا يثبت إلا عند عدم الأصل، والقياس في المال كذلك، إلا أنه ثبت ذلك شرعًا؛ قال عليه الصلاة والسلام: «**لَأَنْ تدَعَ ورثَتَكَ أغنياءَ**»[1] والغنى بالمال يكون، ولا يكون ذلك إلا بتعلق حقهم به.

وقيل: لفظ الكتاب غير صحيح الظاهر، وأنه وقع سهوًا من الكتاب؛ لأن الحكم في الإيصاء بإعارة ما أوصى أن يتهايآ، فيسكن الموصى [٢/ ٤٧٧/ ب] له يومًا والورثة يومين، وإن كان قابلًا للقسمة بفرز الثلث من الثلثين، فيسكن الموصى له في الثلث، فعلم أن حق الورثة باق هاهنا، فلا يكون نظيرًا للأول، وإنما الصحيح إذا أعار أرضه في مرضه، ولهذا ذكر في المبسوط، والكافي: كما لو أعار أرضه في مرض موته، وانتفع بها المستعير، ثم مات المعير؛ فلا

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٨١ برقم ١٢٩٥)، ومسلم (٣/ ١٢٥٠ برقم ١٦٢٨) من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

أَمَّا الخَطَأُ: فَمُوجِبُهُ المَالُ، وَحَقُّ الوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ فَيُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ.

تكون هذه الإعارة من جميع المال، أي: لا يكون للورثة حق مطالبة الثلثين من المنفعة، فعلم أن هذه الإعارة تكون نظير مسألة الكتاب[١].

أما لو أوصى بإعارة أرضه من فلان كان باطلًا، وكذا لو أوصى بأن يستقي عنه الماء في سبيل الله شهرًا؛ كان الإيصاء باطلًا. ذكره قاضي خان، وإن صح؛ فالحكم التهايؤ كما بينا.

قوله: (فيعتبر من الثلث).

فإن قيل: القاتل واحد من العاقلة، فكيف جواز[٢] الوصية بجميع الثلث هاهنا، حتى صح في نصيب القاتل، مع أن الوصية لا تصح للقاتل كما قال الشافعي في وجه.

قلنا: إنما جوز ذلك؛ لأن المجروح لم يقل: أوصيتك بثلث الدية، وإنما عفا عن المال بعد سبب وجوبه، فكان تبرعًا مبتدأً، وذلك جائز للقاتل؛ ألا ترى أنه لو وهب شيئًا له وسلمه جاز، وإنما لا تجوز الوصية من جهته.

وفي جامع قاضي خان، والمحبوبي: هذا على قول من يقول: إن الدية تجب على العاقلة ابتداءً، أما على قول من يقول: تجب الدية على القاتل، ويتحملَ عنه العاقلة، فكذلك؛ لأنهم يتحملون عنه بطريق الحوالة، وإنما توجب براءة ذمة الأصيل.

ولم يذكر في الكتاب، هل يبطل بمقدار ما يتحمل القاتل، وهو قدر نصيبه عند القسمة؟

واختلفوا فيه: قيل: لا يسقط قدر نصيب القاتل.

وقيل: يصح ويسقط الكل؛ لأنه لو بقي نصيبه يجعل كالواجب، ليس إلا هذا، فتتحمل عنه العاقلة، ثم هكذا وهكذا إلى ألا يبقى شيء على القاتل في الآخرة، فأوجب سقوط الكل، وهو الصحيح؛ وذلك لأنا لو أبطلنا الوصية في

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ١٢).
(٢) في الأصل: (صور) والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَتِ المَرْأَةُ يَدَ رَجُلٍ، فَتَزَوَّجَهَا عَلَى يَدِهِ ثُمَّ مَاتَ، فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وَعَلَى عَاقِلَتِهَا الدِّيَةُ إِنْ كَانَ خَطَأً، وَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِي مَالِهَا) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ العَفْوَ عَنِ اليَدِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَفْوًا عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَهُ، فَالتَّزَوُّجُ عَلَى اليَدِ لَا يَكُونُ تَزَوُّجًا عَلَى مَا يَحْدُثُ مِنْهُ، ثُمَّ القَطْعُ إِذَا كَانَ عَمْدًا يَكُونُ هَذَا تَزَوُّجًا عَلَى القِصَاصِ فِي الطَّرَفِ، وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ، فَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا، لَا سِيَّمَا عَلَى تَقْدِيرِ السُّقُوطِ فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ فِي مَالِهَا، لِأَنَّ التَّزَوُّجَ وَإِنْ كَانَ يَتَضَمَّنُ

حصة القاتل؛ كانت الوصية كلها للعاقلة، كمن أوصى لِحَيٍّ وميت؛ كانت الوصية للحَيِّ تصحيحًا للوصية، فلو أبطلنا الوصية في حصته ابتداءً؛ يلزمنا تصحيحًا في الانتهاء، على ما ذكرنا، فصححناها ابتداءً قصرًا للمسافة.

قوله: (**فتزوجها على يده**)؛ أي: موجب يده (**ثم مات**) الزوج (**فلها مهر مثلها**) قيد بالموت في وجوب مهر المثل؛ لأنه إذا لم يمت فتزوجها على اليد؛ صحت القسمة، ويصير أرش اليد مهرًا لها بالإجماع، سواء كان القطع عمدًا أو خطأ، تزوجها على القطع، أو على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية؛ لأنه لما برئ تبين أن موجبها الأرش دون القصاص؛ لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة عندنا، والأرش يصلح صداقًا. كذا ذكره المحبوبي، وقاضي خان.

قوله: (**يكون هذا تزوجًا على القصاص في الطرف**) وإن كان لا يجري القصاص في الأطراف بين الرجل والمرأة عندنا؛ لأن موجب العمد بالنظر إلى الأصل: القصاص؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ﴾ [المائدة: ٤٥]، إلا أنه تعذر[1] الاستيفاء هاهنا؛ لقيام المانع وهو التفاوت بين طرف الرجل والمرأة، فلا يصلح مهرًا.

(**لا سيما على تقدير السقوط**)؛ أي: سقوط القصاص هاهنا، إما بقبول الزوج، وإما باعتبار استحالة استيفاء القصاص.

---

(١) في الأصل: (بقدر) والمثبت من النسخة الثانية.

الْعَفْوَ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، لَكِنْ عَنِ الْقِصَاصِ فِي الطَّرَفِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتْلُ النَّفْسِ وَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْعَفْوُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ وَتَجِبُ فِي مَالِهَا، لِأَنَّهُ عَمْدٌ، وَالْقِيَاسُ: أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِذَا وَجَبَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ وَعَلَيْهَا الدِّيَةُ تَقَعُ الْمُقَاصَّةُ إنْ كَانَا عَلَى السَّوَاءِ، وَإِنْ كَانَ فِي الدِّيَةِ فَضْلٌ، تَرُدُّهُ عَلَى الْوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَهْرِ فَضْلٌ، يَرُدُّهُ الْوَرَثَةُ عَلَيْهَا، وَإِذَا كَانَ الْقَطْعُ خَطَأً،

(فإذا[١] سرى)؛ أي: القطع (تبين أنه)؛ أي: القطع (قتل النفس) ولم يتناوله العفو، فتجب الدية في ماله؛ لأنه عمد، والعواقل لا تقبل العمد.

(والقياس: أن يجب القصاص على ما بينا)؛ وهو أنه موجب العمد، وهذا قتل عمد كما قاله مالك، إلا أنه لما جعل القصاص مهرًا؛ جعل ولاية الاستيفاء للمرأة، ولو استوفت المرأة القصاص؛ إنما تستوفي عن نفسها لنفسها، وهو محال؛ لأن الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مطالبًا للقصاص ومطالبًا به، فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء، ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية؛ فيجب مهر المثل، كما لو لم يسمَّ ابتداء. كذا في المبسوط[٢].

وقال المحبوبي: لما مات الزوج كانت القسمة باطلة بالإجماع.

أما عندهما؛ فلأن التزوج على القطع؛ تزوج عليه وعلى ما يحدث منه، فإذا مات صار متزوجًا لها على القصاص، وهو ليس بمال، فلا يصلح مهرًا، كما لو تزوجها على طلاق ضرتها، أو عتق ابنها.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: التزوج على القطع لا يكون تزوجًا على الحادث منه، كالعفو عن القطع لا يكون عفوًا عن الحادث منه، فكان تزوجًا على القطع لا غير، فقد ظهر أن القطع لم يكن حقًّا له، بل حقه العقل، ولم يتزوجها على ما هو حقه، فلم تصح التسمية.

فإن قيل: ينبغي أن تصح [٢/ ٤٧٨/أ] التسمية؛ لأن التزوج على القطع تزوج بموجبه، وهو نصف الدية، فكان متزوجًا بخمسة آلاف درهم ظنًّا منه

---

(١) في الأصل: (قال) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢١/ ٢١).

يَكُونُ هَذَا تَزَوُّجًا عَلَى أَرْشِ اليَدِ، وَإِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا أَرْشَ لِلْيَدِ وَأَنَّ المُسَمَّى مَعْدُومٌ، فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى مَا فِي اليَدِ وَلَا شَيْءَ فِيهَا. وَلَا يَتَقَاصَّانِ لِأَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ فِي الخَطَإِ وَالمَهْرُ لَهَا.

قَالَ: (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى اليَدِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا، أَوْ عَلَى الجِنَايَةِ، ثُمَّ مَاتَ مِن ذَلِكَ، وَالقَطْعُ عَمْدٌ، فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا) لِأَنَّ هَذَا تَزَوُّجٌ عَلَى القِصَاصِ، وَهُوَ لَا يَصْلُحُ مَهْرًا، فَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهَا، لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ القِصَاصَ مَهْرًا فَقَدْ رَضِيَ بِسُقُوطِهِ بِجِهَةِ المَهْرِ،

بوجوبها، وبظهور الأمر بخلافه لم يفسد، كما لو ظن أن له عليها ألفًا[1]، فتزوجها ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليها شيء؛ كان متزوجا لها على ألف، فكذلك هاهنا.

قلنا: هذا هكذا إذا تزوجها على خمسة آلاف له عليها، ثم ظهر أنه لم يكن عليها، أما هاهنا، تزوجها على القطع، ثم ظهر أن القطع لم يكن حقًّا له، وإذا لم يصح ذكر القطع؛ لم يثبت ما في ضمنه وهو خمسة آلاف، فإذا بطلت التسمية؛ وجب المثل بالدخول والموت، والمتعة بالطلاق قبل الوطء.

قوله: (تبين أنه لا أرش لليد، وأن المسمى معدوم، فيجب مهر المثل) إلى آخره: هذا على قول أبي حنيفة. أما عندهما: فالمسمى موجود، وتصير دية الزوج مهرًا لها؛ لأن التزوج على القطع عندهما؛ تزوج على القطع وما يحدث منه، فلو تزوجها على القطع وما يحدث منه، والجناية خطأ؛ صارت دية الزوج كلها مهرًا لها عند الكل، فكذا هاهنا.

قوله: (ولا يتقاصّان)؛ أي: ما على الزوج، وهو مهر المثل، وما على المرأة من الدية لاختلاف الذمم، وفي قبيل هذه الصورة تقع المقاصة بين الدية والمهر؛ لأن الدية في تلك الصورة تجب عليها لا على العاقلة، ووجب المهر لها، فاتحدت ذمة المرأة في الوجوب لها وعليها، أما في هذه الصورة تجب الدية على العاقلة، فتختلف الذمة في الوجوب لها وعليه.

قوله: (ولا شيء له عليها)؛ أي: لا القصاص ولا الدية، وكذلك لا شيء

---

(١) في النسختين: (ألف) والمثبت الصواب.

فَيَسْقُطُ أَصْلًا كَمَا إِذَا أَسْقَطَ القِصَاصَ بِشَرْطِ أَنْ يَصِيرَ مَالًا، فَإِنَّهُ يَسْقُطُ أَصْلًا (وَإِنْ كَانَ خَطَأً، يُرْفَعُ عَنِ العَاقِلَةِ مَهْرُ مِثْلِهَا، وَلَهُمْ ثُلُثُ مَا تَرَكَ وَصِيَّةً) لِأَنَّ هَذَا تَزَوُّجٌ عَلَى الدِّيَةِ، وَهِيَ تَصْلُحُ مَهْرًا إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِقَدْرِ مَهْرِ المِثْلِ مِن جَمِيعِ المَالِ، لِأَنَّهُ مَرِيضٌ مَرَضَ المَوْتِ وَالتَّزَوُّجُ مِن الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ، وَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الزِّيَادَةِ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ، لِأَنَّهُ مُحَابَاةٌ، فَيَكُونُ وَصِيَّةً فَيُرْفَعُ عَنِ العَاقِلَةِ، لِأَنَّهُمْ يَتَحَمَّلُونَ عَنْهَا، فَمِن المُحَالِ أَنْ تَرْجِعَ عَلَيْهِمْ بِمُوجِبِ جِنَايَتِهَا، وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ وَصِيَّةٌ لَهُمْ، لِأَنَّهُمْ مِن أَهْلِ الوَصِيَّةِ لِمَا أَنَّهُمْ لَيْسُوا بِقَتَلَةٍ، فَإِنْ كَانَتْ تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ تَسْقُطُ، وَإِنْ لَمْ تَخرُجْ يَسْقُطُ ثُلُثُهُ، ....

على عاقلتها؛ لأنهم لا يتحملون الدية في العمد.

قوله: (**بشرط أن يصير**)؛ أي: القصاص (**مالًا**) والقصاص هو الدم، فكان معناه، بشرط أن يصير الدم مالًا، والدم ليس بمال في دين سماوي، فكان شرطًا باطلًا، فصار إسقاطًا مطلقًا.

(**وإن كان**)؛ أي: القطع (**خطأ**).

قوله: (**ولهم**)؛ أي: للعاقلة (**وصية**)؛ لأن هذا تزوج على الدية؛ لأنه موجب الخطأ، والتزوج على اليد تزوج على موجبها.

قوله: (**ويرفع عن العاقلة**)؛ أي: يرفع قدر مهر مثلها (**ولهم ثلث ما [ترك][1] وصية**)؛ أي: للعاقلة ثلث ما ترك وصية.

قوله: (**فمن المحال أن ترجع**)؛ أي: المرأة (**عليهم**).

قال التمرتاشي: لو كان مهر المثل مثل الدية أو أكثر؛ فلا شيء على العاقلة؛ لأنهم إنما يتحملون عنها بسبب جنايتها.

(**فإن كانت**)؛ أي: الزيادة (**تخرج من الثلث تسقط**) عنهم أيضًا (**وإن كانت لا تخرج يسقط ثلثه**)؛ أي: ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية، ويردون ما بقي إلى الورثة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: كَذَلِكَ الجَوَابُ فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى اليَدِ، لِأَنَّ العَفْوَ عَنْ اليَدِ عَفْوٌ عَمَّا يَحْدُثُ مِنْهُ عِنْدَهُمَا فَاتَّفَقَ جَوَابُهُمَا فِي الفَصْلَيْنِ.

قَالَ: (وَمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ، فَاقْتُصَّ لَهُ مِن اليَدِ، ثُمَّ مَاتَ، فَإِنَّهُ يُقْتَلُ المُقْتَصُّ مِنْهُ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الجِنَايَةَ كَانَتْ قَتْلَ عَمْدٍ، وَحَقُّ المُقْتَصِّ لَهُ القَوَدُ، وَاسْتِيفَاءُ القَطْعِ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ القَوَدِ كَمَنْ كَانَ لَهُ القَوَدُ إِذَا اسْتَوْفَى طَرَفَ مَنْ عَلَيْهِ القَوَدُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّهُ فِي القِصَاصِ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْدَمَ عَلَى القَطْعِ فَقَدْ أَبْرَأَهُ عَمَّا وَرَاءَهُ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّمَا أَقْدَمَ عَلَى القَطْعِ ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ حَقَّهُ فِيهِ، وَبَعْدَ السِّرَايَةِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ فِي القَوَدِ فَلَمْ يَكُنْ مُبْرِئًا عَنْهُ بِدُونِ العِلْمِ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قُتِلَ وَلِيُّهُ عَمْدًا، فَقَطَعَ يَدَ قَاتِلِهِ، ثُمَّ عَفَا، وَقَدْ قُضِيَ لَهُ بِالقِصَاصِ، أَوْ لَمْ يُقْضَ: فَعَلَى قَاطِعِ اليَدِ دِيَةُ اليَدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، ....

قوله: (في الفصلين)؛ أي: فيما إذا تزوجها على اليد، وفيما إذا تزوجها على اليد وما يحدث منها، بنى الفصلين باعتبار المتفق والمختلف، وإلا فالفصول ثلاثة.

قوله: (ثم مات)؛ أي: المقطوع الأول من القطع (فإنه يقتل المقتص منه)؛ وهو القاطع الأول، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (لا يوجب سقوط القود): ولا يصير شبهة أيضًا، كمن له قود على آخر إذا استوى طرفه أولًا ثم قتله؛ يكون مسيئًا ولا شيء عليه. وكذا لو أحرقه بالنار؛ كان مسيئًا ولا شيء عليه. كذا في جامع المحبوبي.

(وقد قضي له بالقصاص أو لم يقض): وترديد القضاء وعدمه مقدم على العفو (فعلى قاطع اليد ديّة عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد.

ولو قتله لا شيء عليه عنده، وعند أحمد: عليه الدية، وعند مالك: عليه القصاص؛ لأنه قطع يد مكافئ عمدًا غير مستحق للقطع.

وأحمد يقول: قطع طرفًا له قيمة بغير حق؛ فكان مضمونًا عليه في الصورتين، والقصاص يسقط بالشبهة، واستحقاقه لإتلاف جملته، واليد جزء منها في إسقاط القصاص، فأشبه الأبوة.

وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ(*) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ فَلَا يَضْمَنُهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِتْلَافَ النَّفْسِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، وَلِهَذَا لَوْ لَمْ يَعْفُ لَا يَضْمَنُهُ، وَكَذَا إِذَا سَرَى وَمَا بَرِئَ، أَوْ مَا عَفَا وَمَا سَرَى، أَوْ قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبْلَ الْبُرْءِ أَوْ بَعْدَهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ قِصَاصٌ فِي الطَّرَفِ فَقَطَعَ أَصَابِعَهُ، ثُمَّ عَفَا لَا يَضْمَنُ الْأَصَابِعَ. وَلَهُ: أَنَّهُ اسْتَوْفَى غَيْرَ حَقِّهِ، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْقَتْلِ. وَهَذَا قَطْعٌ وَإِبَانَةٌ، وَكَانَ الْقِيَاسُ: أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ فَإِنَّ لَهُ أَنْ يُتْلِفَهُ تَبَعًا، وَإِذَا سَقَطَ وَجَبَ الْمَالُ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ فِي الْحَالِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَصِيرَ قَتْلًا بِالسِّرَايَةِ فَيَكُونُ مُسْتَوْفِيًا حَقَّهُ، وَمِلْكُ الْقِصَاصِ فِي

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد (لا شيء عليه) لا القصاص ولا الدية، وبه قال الشافعي؛ لأنه قطع يدًا من نفس لو أتلفها لم يضمن، فوجب أن لا يضمن اليد، كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم (وهذا لأنه استحق إتلاف نفسه بجميع أجزائها) فيستتبع الحق في الأجزاء، فيبطل بالعفو حقه عما بقي، لا عما استوفى.

(ولهذا لو لم يعف)؛ أي: لم يعف وسرى (لا يجب الضمان عليه): هذا إلزام على أبي حنيفة، لا على أحمد ومالك؛ لأنهما قالا بضمان اليد بعد الاستيفاء، كما ذكرنا.

وقوله: (وما برئ) تأكيد لقوله: (إذا سرى)؛ أي: لم يعف وسرى (وما عفا)؛ يعني: قطع وما عفا (وما سرى)؛ يعني: ما ظهر حاله بعد القطع.

(وكان القياس أن يجب القصاص) كالأجنبي، وهو قول مالك.

(إلا أنه)؛ أي: القصاص (سقط [٢/٤٧٨/ب] للشبهة).

قوله: (فإن له أن يتلفه)؛ أي: الطرف (تبعًا) للنفس تعليل لإثبات الشبهة.

وقوله: (وإنما لا يجب في الحال): جواب سؤال تقديري، وهو أن يقال: لما سقط القصاص ووجب المال؛ ينبغي أن يثبت المال في الحال، ولا يتوقف على البرء، كما في الجنايات. فقال: يحتمل أن يصير قتلًا بالسراية، فيظهر [أنه][1] استوفى حقه.

وقوله: (وملك القصاص) إلى آخره: جواب عما قالا: أنه استوفى حقه،

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

النَّفْسِ ضَرُورِيٌّ لَا يَظْهَرُ إِلَّا عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ، أَوْ العَفْوِ، أَوْ الِاعْتِيَاضِ لِمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ

فقال: ليس كذلك؛ لأن استحقاقه لو كان؛ لكان بملك القصاص، وأنه ضروري ثبت مع المنافي، كما بينا، فلا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض عنه، وهو عفو من وجه، فأما قبل ذلك فلا يظهر؛ لعدم الضرورة إلى إظهاره، وإذا كان الملك عدمًا قبل الاستيفاء في حق المحل؛ فلا يظهر في الأطراف قبل الاستيفاء، فإذا اتصل به الاستيفاء؛ يحكم الآن بظهوره في حق الأطراف، فلم يكن هذا استيفاء لحقه.

فإن قيل: لا نسلم أن القطع غير القتل مطلقًا، فإن الشاهدين إذا شهدا بالقتل، فقطع المولى يده [ثم][1] رجعا ضمنًا لصاحب اليد يده؛ فإنما يضمنان ما أتلفا بشهادتهما، فدل أن اليد متلف بشهادتهما، وهما ما شهدا إلا بالقتل، فلو كان القطع غير القتل لما ضمنا.

ولأن ولي القتل في مسألتنا لو أعقب القطع قتلًا؛ لم يضمن شيئًا باعتبار ثبوت حقه في الطرف، ففي إعقاب العفو أولى؛ لأنه في العفو محسن، وإحسانه لا يكون موجبًا عليه الضمان، فلو كان [هذا][2] أدى إلى خلاف المعقول والنص، أما المعقول؛ فظاهر، وأما النص؛ فقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾ [التوبة: ٩١].

ولأن القطع بعد العفو لو سرى إلى النفس؛ لم يضمن شيئًا، والقطع الساري أفحش من المقتصر، فإذا لم يضمن الأفحش شيئًا فالمقتصر أولى أن لا يضمن شيئًا؛ وهذا لأن الأطراف تابعة للنفس، فمن ضرورة ثبوت حقه في النفس؛ ثبوته في الأطراف.

قلنا: القطع غير القتل، فإن القتل يزيل الحياة، والقطع يبين العضو من الحي بلا إزالة روح، وأحكامها تختلف أيضًا، وفي مسألة الشاهد ما أوجب اليد، بل أوجب له قتل النفس، وذلك يبرئ القاطع عن ضمان القطع، وضمن

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فِيهِ، فَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَظْهَرْ لِعَدَمِ الضَّرُورَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا سَرَى لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَعْفُ وَمَا سَرَى، قُلْنَا: إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ كَوْنُهُ قَطْعًا بِغَيْرِ حَقٍّ بِالْبُرْءِ حَتَّى لَوْ قَطَعَ وَمَا عَفَا وَبَرِئَ، الصَّحِيحُ أَنَّهُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَإِذَا قَطَعَ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ قَبْلَ البُرْءِ، .....

بإيجاب البراءة عليه بعد علة الضمان له، وصار كما لو شهدا بأنه أبرأ غريمه عن الدين، ثم رجعوا يضمنون. ونظيره: ما لو شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا؛ ضمنا نصف المهر، كأنهما أوجبا عليه؛ لأن الفرقة قبل الدخول توجب البراءة عن كل المهر، فكأنهما أوجبا بعد البراءة.

وأما في مسألة إعقاب القتل بعد القطع؛ فقلنا: إنما لم يضمن؛ لأن حقه في النفس، والأطراف تابعة لها، فيثبت الحق في استيفاء الأطراف تبعًا لا مقصودًا، فإذا استوفى الطرف مقصودًا؛ كان مستوفيًا ما ليس بحق له، إلا أنه قبل العفو كان متمكنًا من أن يجعله تبعًا للنفس، بأن يقتله ويكون كل واحد من الفعلين قتلًا، ويصير الطرف تبعًا للنفس، فلا يضمن شيئًا، وبعد العفو سقط حقه في النفس، وبقي الطرف مقصودًا، ولا حق له فيه مقصودًا، وكان مضمونا عليه؛ ألا ترى أن من وجب عليه قصاص على امرأة، لو زنى بها يحد، والمستوفى في الوطء في حكم جزء من العين، فلو ثبت له الحق في الطرف مقصودًا؛ لصار ذلك شبهة في سقوط الحد، فعلم أن ما يبرأ خلاف المعقول جاء من معنى آخر؛ وهو أنه بالعفو أسقط حقه في النفس، فكان ما قطعه قبل العفو واقعًا في غير محله، وظهر ذلك بالعفو، فأضيف الحكم إلى العفو باعتباره.

وأما جواب مسألة سراية القطع بعد العفو، مذكور في الكتاب؛ وهو [أن][(١)] بالسراية تيقن أن القطع قتل، إلى آخره.

وأما المرتد؛ فقد سقط تقومه في النفس والطرف بالارتداد في حق الكل، بخلاف من عليه القصاص؛ أن نفسه متقومة في حق غير من له حق القصاص، على ما ذكرنا. أشار إلى الكل في المبسوط، والأسرار.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَهُوَ اسْتِيفَاءٌ، وَلَوْ حَزَّ بَعْدَ الْبُرْءِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، هُوَ الصَّحِيحُ، وَالأَصَابِعُ وَإِنْ كَانَتْ تَابِعَةً قِيَامًا بِالكَفِّ فَالكَفُّ تَابِعَةٌ لَهَا غَرَضًا، بِخِلَافِ الطَّرَفِ، لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلنَّفْسِ مِن كُلِّ وَجْهٍ.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ القِصَاصُ فِي الطَّرَفِ إِذَا اسْتَوْفَاهُ، ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ، يَضْمَنُ دِيَةَ النَّفْسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى حَقَّهُ وَهُوَ القَطْعُ، وَلَا يُمْكِنُ التَّقْيِيدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ لِمَا فِيهِ مِن سَدِّ بَابِ القِصَاصِ، إذ الِاحْتِرَازُ عَن السِّرَايَةِ لَيْسَ فِي وُسْعِهِ، فَصَارَ كَالإِمَامِ وَالبَزَّاغِ وَالحَجَّامِ وَالمَأْمُورِ بِقَطْعِ اليَدِ، وَلَهُ

قوله: (فهو استيفاء)؛ أي: حز الرقبة استيفاء؛ لأن القطع محتمل السراية، فالحز متمِّمٌ[1] له.

(ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح)؛ لأنه بالبرء تبين أن القطع بغير حق.

قوله: (فالكف تابعة لها)؛ أي: للأصابع (غرضًا)؛ لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع، والكف كالشرط؛ لأنه محل، فأمكن إظهار ملك القصاص في الكف عند التصرف في الأصابع استيفاء؛ لما أنها أصول من وجه، وكذا في حق التقوم، الأصابع أصل؛ فإنه عليه الصلاة والسلام قابل الدية بالأصابع، فقال: «في كُلِّ إصبعٍ عشرٌ مِنَ الإبلِ»[2] وإذا كان كذلك؛ فحقه في الأصابع، [٢/ ٤٧٩/ أ] فلا يضمن بقطعها. كذا في جامع البزدوي.

(بخلاف الطرف) مع النفس (لأنها تابعة للنفس من كل وجه).

قوله: (وقالا: لا يضمن): وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد.

(كالإمام)؛ أي: القاضي إذا قطع يد السارق ومات من ذلك.

(وكالبزاغ والحجام والإمام والمأمور بقطع اليد): بأن قال لآخر: اقطع

---

(١) في النسختين: (متمِّمًا) والصواب المثبت.

(٢) أخرجه بنحوه أبو داود (٤/ ١٨٨ برقم ٤٥٥٧)، والنسائي (٨/ ٥٦ برقم ٤٨٤٣)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٦ برقم ٢٦٥٤)، وابن حبان (١٣/ ٣٦٧ برقم ٦٠١٣) من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه.

أَنَّهُ قَتْلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي القَطْعِ، وَهَذَا وَقَعَ قَتْلًا، وَلِهَذَا لَوْ وَقَعَ ظُلْمًا كَانَ قَتْلًا. وَلِأَنَّهُ جُرْحٌ أَفْضَى إِلَى فَوَاتِ الحَيَاةِ فِي مَجْرَى العَادَةِ، وَهُوَ مُسَمَّى القَتْلِ، إِلَّا أَنَّ القِصَاصَ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ، فَوَجَبَ المَالُ، بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَا بِهِ مِن المَسَائِلِ، إِلَّا أَنَّهُ مُكَلَّفٌ فِيهَا بِالفِعْلِ، إِمَّا تَقَلُّدًا كَالإِمَامِ أَوْ عَقْدًا كَمَا فِي غَيْرِهِ مِنْهَا.

وَالوَاجِبَاتُ لَا تَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ كَالرَّمْيِ إِلَى الحَرْبِيِّ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا

يدي، فقطع يده، فسرى إلى النفس؛ لا يضمن المأمور بالإجماع؛ وهذا لأن السراية تبع لابتداء الجناية، فلم يجز أن يكون ابتداء الجناية مباحًا وسرايتها مضمونة، وفي ابتدائها قطع قصدًا، فكذا في الانتهاء يكون قطعًا لا قتلًا.

وأبو حنيفة يقول: المعتبر في الجنايات مآلها لا ابتداؤها؛ ألا ترى أنه لو قطع يدًا من نصف الساعد؛ لم يكن عليه قصاص، فإن سرى إلى النفس يجب القود، فعلم أن المعتبر هو المال، وبالنظر إليه علم أنه غير حقه، ولا يتصور أن يكون الفعل على صفة ثم يصير على صفة أخرى؛ إذ لا بقاء له، ولكن تبين أنه كان من الأصل قتلًا، وهو بمنزلة تحريك الخشبة، إن لم تصب شيئًا؛ كان تحريكًا، وإن أصاب كوزًا؛ كان كسرًا، وإن أصاب حيوانًا فمات؛ كان قتلًا، وهاهنا [لما][1] انزهق به الروح كان قتلًا في الأصل، ولا حق له في القتل. كذا في المبسوط[2].

قوله: (في مجرى العادة)؛ يعني: الموت من الجرح ليس على خلاف العادة.

(كما في غيره)؛ أي: غير الإمام، وهو البزاغ والحجام والختان، وفي المأمور أقام الآمر المأمور مقام نفسه في القطع مطلقًا، وكما فرغ من ذلك خرج من عهدته، وصار مسلمًا إلى الآمر بذلك، كالرمي إلى الحربي؛ فإنه واجب، فإذا رمى إلى حربي وأصاب مسلمًا؛ لم يضمن؛ إذ هو مندوب إلى العفو، قال تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة:٢٣٧].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٤٨/٢٦).

التِزَامَ وَلَا وُجُوبَ، إِذْ هُوَ مَنْدُوبٌ إِلَى العَفْوِ فَيَكُونُ مِن بَابِ الإِطْلَاقِ فَأَشْبَهَ الاِصْطِيَادَ.

(فيكون من باب الإطلاق)؛ أي: الإباحة، فيتقيد بوصف السلامة، كالمشي في الطريق، والرمي إلى الصيد، وتعزير الزوج زوجته، فيتقيد بشرط السلامة.

أما ما كان مستحقًّا عليه لا يتقيد بوصف السلامة؛ كيلا يكون تكليف ما ليس في الوسع. كذا في المبسوط[1]، وجامع المحبوبي.

فإن قيل: ما الفرق لأبي حنيفة - رحمه الله - بين المقتص له، والمستعير، والمستأجر للدابة للركوب، حيث لو ماتت الدابة من ركوبها لم يضمنا، وبين المعلم إذا ضرب الصبي بإذن الأب؛ لم يضمن هو، بل يضمن الأب، وبين ما [لو][2] قطع يد حربي أو مرتد فأسلم، ثم سرى إلى النفس؛ لا يضمن، والمقتص له بالسراية يضمن.

قلنا: الفرق: أن المستعير والمستأجر وإن صار فعلهما قتلًا في الانتهاء؛ لأنهما مأذونان من جهة المالك في الركوب، فانتقل فعلهما إليه، فصار كأن المالك ركب ومات من ركوبه، بخلاف المقتص له؛ فإنه يقطع بالملك دون الإذن، ففي الإذن ينتقل الفعل دون الملك، فإذا سرى علم أنه تصرف في غير ملكه.

وكذا المعلم لا يضمن؛ لما أنه فعله بأمر الأب، وأمر الأب له بالضرب صحيح، فينتقل فعله إلى الأب، فكأن الأب ضربه والمعلم آلة، وإذا ضرب الأب بنفسه ومات؛ تجب الدية على الأب، فكذا هاهنا.

أما المقتص له يقطع بحق الملك كما ذكرنا، وفي قطع الحربي والمرتد إنما لم يضمن القاطع؛ لأن القطع بالسراية يصير قتلًا من الابتداء، ولو قتله ابتداءً في تلك الحالة لا يجب الضمان، فكذا في الانتهاء.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/١٤٨).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتْلِ

قَالَ: (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ ابْنَانِ، حَاضِرٌ وَغَائِبٌ، فَأَقَامَ الحَاضِرُ البَيِّنَةَ عَلَى القَتْلِ، ثُمَّ قَدِمَ الغَائِبُ، فَإِنَّهُ يُعِيدُ البَيِّنَةَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعِيدُ(*) (وَإِنْ كَانَ خَطَأً، لَمْ يُعِدْهَا بِالإِجْمَاعِ) وَكَذَلِكَ الدَّيْنُ يَكُونُ لِأَبِيهِمَا عَلَى آخَرَ، لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ: أَنَّ القِصَاصَ طَرِيقُهُ طَرِيقُ الوِرَاثَةِ كَالدَّيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ عِوَضٌ عَنْ نَفْسِهِ فَيَكُونُ المِلْكُ فِيهِ

بَابُ الشَّهَادَةِ فِي الْقَتْلِ

لما كانت الشهادة في القتل متعلقًا بالقتل؛ أوردها بعد ذكر حكم القتل؛ لأنه لما تعلق به صار كالتابع له.

قوله: (وإن كان)؛ أي: القتل **(خطأ لم يعيدها)**؛ أي: البينة بالإجماع.

اعلم: أن العلماء أجمعوا على قبول بينة الحاضرين، وعلى ألا يقضى بالقود ما لم يحضر الغائب؛ لأن المقصود بالقضاء الاستيفاء، والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالإجماع، وعلى أن يحبس القاتل؛ لأنه متهم(١) بالقتل، والمتهم يحبس.

والخلاف في إعادة البينة إذا حضر الغائب؛ فعند أبي حنيفة -رحمه الله-: كلف الغائب بالإعادة. وعندهما: لا، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

قوله: (طريقه طريق الوراثة)؛ أي: سبب ملك القود للمورث، ثم للوارث بالنفس **(كالدين)** فينتصب أحد الورثة خصمًا عن الباقين فيما يدعي للميت، فلا يكلف الغائب إقامة البينة، والقضاء على الغائب وإن كان لا يجوز قصدًا فيجوز ضمنًا، كما لو ادعى الكفالة على رجل وأقام بينة؛ يثبت [٢/٤٧٩/ب] الدين على الغائب. ذكره في الجامع الصغير.

(وهذا)؛ أي: كونه بطريق الوراثة **(لأنه)**؛ [أي:](٢) القود **(عوض عن نفسه)** قال تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة:٤٥]، والملك في المعوض للمورث، فكذا في العوض.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (متهمًا) والصواب المثبت.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِمَنْ لَهُ المِلْكُ فِي المُعَوَّضِ كَمَا فِي الدِّيَةِ، وَلِهَذَا لَو انْقَلَبَ مَالًا يَكُونُ لِلْمَيِّتِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ بِعَفْوِهِ بَعْدَ الجُرْحِ قَبْلَ المَوْتِ، فَيَنْتَصِبُ أَحَدُ الوَرَثَةِ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ، وَلَهُ: أَنَّ القِصَاصَ طَرِيقُهُ الخِلَافَةُ دُونَ الوِرَاثَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مِلْكَ القِصَاصِ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ، وَالمَيِّتُ لَيْسَ مِن أَهْلِهِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ وَالدِّيَةِ، لِأَنَّهُ مِن أَهْلِ المِلْكِ فِي الأَمْوَالِ، كَمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَتَعَلَّقَ بِهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ، وَإِذَا كَانَ طَرِيقُهُ الإِثْبَاتَ ابْتِدَاءً لَا يَنْتَصِبُ أَحَدُهُمْ خَصْمًا عَنِ البَاقِينَ، فَيُعِيدُ البَيِّنَةَ بَعْدَ حُضُورِهِ (فَإِنْ

وفي جامع قاضي خان: وللمرأة حق في القصاص، وأنها لا تملك شيئًا من حقوق الزوج إلا بطريق الوراثة.

قوله: (طريقه الخلافة)؛ وهو أن يثبت الملك ابتداء للوارث دون المورث؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء:٣٣]، ولهذا يثبت ملك القصاص بعد الموت، [والميت][١] ليس بأهل لملك القصاص؛ لأنه شرع للتشفي ودرك الثأر، كالعبد إذا [اتهب][٢]؛ فإنه يثبت الملك للمولى ابتداءً بطريق الخلافة؛ لأن العبد ليس بأهل للملك، ولهذا صح عفو الوارث قبل الموت، والقياس ألا يصح؛ لأن حقه يثبت بعد الموت، والعفو قبل الثبوت لا يصح.

وفي الاستحسان يصح؛ لأنه عفو بعد وجود السبب، وإنما صح عفو المجروح عنده استحسانًا أيضًا لا قياسًا؛ إذ القياس أن لا يصح؛ لأن القتل لم يوجد. وفي الاستحسان يصح؛ لأن السبب انعقد له. ذكره في الإيضاح.

ولأنه من حيث إنه بدل نفسه فيصح عفوه.

(وإذا كان طريقه)؛ أي: طريق ملك القصاص (إثباته للورثة) لا أنه يثبت للميت ثم ينتقل إلى الورثة (لا ينتصب أحد الورثة خصمًا عن الباقين) في إثبات حقه بغير وكالة منه ونيابة، وبالبينة التي أقامها لا يثبت القصاص في حق الغائب، فيعيد البينة عند حضوره؛ ليتمكن من استيفائه، ولا يلزم أن القصاص

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

كَانَ أَقَامَ القَاتِلُ البَيِّنَةَ أَنَّ الغَائِبَ قَدْ عَفَا، فَالشَّاهِدُ خَصْمٌ، وَيَسْقُطُ القِصَاصُ) لِأَنَّهُ ادَّعَى عَلَى الحَاضِرِ سُقُوطَ حَقِّهِ فِي القِصَاصِ إِلَى مَالٍ، وَلَا يُمْكِنُهُ إِثْبَاتُهُ إِلَّا بِإِثْبَاتِ العَفْوِ مِن الغَائِبِ فَيَنْتَصِبُ الحَاضِرُ خَصْمًا عَنِ الغَائِبِ (وَكَذَلِكَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ قُتِلَ عَمْدًا، وَأَحَدُ الرَّجُلَيْنِ غَائِبٌ، فَهُوَ عَلَى هَذَا) لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ الأَوْلِيَاءُ ثَلَاثَةً، فَشَهِدَ اثْنَانِ مِنْهُمْ عَلَى الآخَرِ أَنَّهُ قَدْ عَفَا، فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ، وَهُوَ عَفْوٌ مِنْهُمَا) لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ بِشَهَادَتِهِمَا إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَغْنَمًا، وَهُوَ انْقِلَابُ القَوَدِ مَالًا (فَإِنْ صَدَّقَهُمَا القَاتِلُ، فَالدِّيَةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا) مَعْنَاهُ: إِذَا صَدَّقَهُمَا وَحْدَهُ، لِأَنَّهُ لَمَّا صَدَّقَهُمَا فَقَدْ أَقَرَّ بِثُلُثَي الدِّيَةِ لَهُمَا، فَصَحَّ إِقْرَارُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَدَّعِي سُقُوطَ حَقِّ المَشْهُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ فَلَا يُصَدَّقُ وَيَغْرَمُ نَصِيبَهُ ....

إذا صار مالًا صار موروثًا؛ لأنه إنما لم يورث لعدم الفائدة؛ لأنه لا يصلح لقضاء حوائج الميت، فإذا صار مالًا صار صالحًا لقضاء حوائجه، فصار مفيدًا.

قوله: (فالشاهد خصم)؛ أي: فالحاضر خصم.

قوله: (لما بيناه)؛ وهو أن القود مشترك بينهما، فالقاتل يدعي بطلان حق الحاضر وانتقاله، ولا يمكنه إثبات ذلك إلا بإثبات العفو عن الغائب، فصار الغائب مقضيًا عليه.

ويحتمل أن يكون معنى قوله: (على ما بيَّنَّاه) من أن ملك القود يثبت عندهما بطريق الوراثة؛ لأن العبد مبقى في حق الدم على أصل الحرية، وعنده بطريق الخلافة.

قوله: (لأنهما يجران بشهادتهما) إلى آخره: تعليل لقوله: (شهادتهما باطلة) ودليل قوله: (وهو عفو منهما) متروك، فقد ذكره في شهادة المحبوبي: شهادتهما عفو منهما؛ لأنهما زعما أن القود سقط، وزعمهما معتبر في حقهما، فإذا سقط حقهما سقط في حق الكل؛ لأن القصاص لا يتجزأ.

قوله: (صدقهما وحده)؛ أي: صدق القاتل الشاهدين وحده، ولم يصدق المشهود عليه بل كذبهما. قيد به؛ لأنه إذا صدق المشهود عليه مع القاتل أيضًا؛ يسقط حقه في الدية لإقراره بالعفو.

(وَإِنْ كَذَّبَهُمَا فَلَا شَيْءَ لَهُمَا، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُ الدِّيَةِ) وَمَعْنَاهُ: إِذَا كَذَّبَهُمَا القَاتِلُ أَيْضًا، وَهَذَا لِأَنَّهُمَا أَقَرَّا عَلَى أَنْفُسِهِمَا بِسُقُوطِ القِصَاصِ فَقُبِلَ، وَادَّعَيَا انْقِلَابَ نَصِيبِهِمَا مَالًا، فَلَا يُقْبَلُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَيَنْقَلِبُ نَصِيبُ المَشْهُودِ عَلَيْهِ مَالًا، لِأَنَّ دَعْوَاهُمَا العَفْوَ عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ، بِمَنْزِلَةِ ابْتِدَاءِ العَفْوِ مِنْهُمَا فِي حَقِّ المَشْهُودِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ سُقُوطَ القَوَدِ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا، وَإِنْ صَدَّقَهُمَا المَشْهُودُ عَلَيْهِ وَحْدَهُ: غَرِمَ القَاتِلُ ثُلُثَ الدِّيَةِ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، لِإِقْرَارِهِ لَهُ بِذَلِكَ.

قوله: (معناه: إذا كذبهما القاتل أيضًا): وفي بعض النسخ: (معناه: إذا كذبهما المشهود عليه أيضًا).

وقيد به؛ لأنه لو صدقهما القاتل كان عليه دية كاملة؛ لأنه أقر بسقوط القصاص، وانقلاب نصيبهما مالًا، فيصير نصيب المشهود عليه مالًا أيضًا.

قوله: (لإقراره له)؛ أي: إقرار القاتل للمشهود عليه (بذلك)؛ لأنه أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالًا بشهادة صاحبه، ولكنه يصرف إلى الشاهد.

وفي بعض النسخ: (لكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين) إلى آخره.

وفي الأوضح: أورد القياس والاستحسان فيما إذا كان دم عمد بين اثنين، فشهد أحدهما على الآخر، فصدقه المشهود عليه وحده؛ لا يلزم القاتل شيء[1] قياسًا، ويلزمه نصف الدية استحسانًا، والشهادة لما كانت لا تقبل هاهنا للتهمة، فشهادة الاثنين والفرد سواء.

وقال أصحاب الشافعي: لو شهد أحدهما بالعفو عن القود والمال؛ سقط القود، وتثبت له حصته من الدية، ونصيب المشهود عليه إن كان الشاهد ممن تقبل شهادته عليه، حلف القاتل أنه عفا [عن][2] القود والمال جميعًا. كذا في الحلية[3].

---

(١) في الأصل: (شيئًا) والصواب المثبت.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) حلية العلماء للشاشي (٨/ ٣٠٩).

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ ضَرَبَهُ، فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ، فَعَلَيْهِ الْقَوَدُ إِذَا كَانَ عَمْدًا) لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالشَّهَادَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً، وَفِي ذَلِكَ القِصَاصُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى قَتْلِ العَمْدِ تَتَحَقَّقُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ، لِأَنَّ المَوْتَ بِسَبَبِ الضَّرْبِ إِنَّمَا يُعْرَفُ إِذَا صَارَ بِالضَّرْبِ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ، وَتَأْوِيلُهُ: إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ بِشَيْءٍ جَارِحٍ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ شَاهِدَا القَتْلِ فِي الأَيَّامِ، أَوْ فِي البَلَدِ، أَوْ فِي الَّذِي كَانَ بِهِ القَتْلُ، فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّ القَتْلَ لَا يُعَادُ وَلَا يُكَرَّرُ، وَالقَتْلُ فِي زَمَانٍ أَوْ فِي مَكَانٍ غَيْرُ القَتْلِ فِي زَمَانٍ أَوْ مَكَانٍ آخَرَ، وَالقَتْلُ بِالعَصَا غَيْرُ القَتْلِ بِالسِّلَاحِ، لِأَنَّ الثَّانِيَ عَمْدٌ،

قوله: (فعليه القود إذا كان عمدًا): شرط العمد لوجوب القصاص، ولم يتعرض للآلة، وذكر هذه المسألة في ديات الأصل، وتعرض ولم يشترط العمدية، وقال: إذا ضرب رجلًا بالسيف، فلم [يزل][1] صاحب فراش حتى مات، فشهد شاهدان[2] بذلك؛ كان عليه القصاص؛ لما ذكر في الجامع الصغير: إن كان قولهما فهو مُجرى على إطلاقه، وإن كان قول الكل؛ فتأويله: أن تكون الآلة جارحة. كذا في الذخيرة.

قوله: (ضربه [٢/ ٤٨٠/ أ] بشيء جارح).

فإن قيل: الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح، ولكن الضرب قد يكون خطأ، فكيف يثبت القود، مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدًا.

قلنا: لما شهدوا أنه ضربه بالسلاح؛ فقد شهدوا أنه ضربه عمدًا؛ لأنه لما كان مخطئًا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه، وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه. كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده.

قوله: (أو في[3] الذي كان به القتل): بأن قال أحدهما: قتله بالعصا، وقال الآخر: كان سيفًا (فهو باطل) ولا يعلم فيه خلاف.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (فشهدت هذان) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (أفي) والمثبت من النسخة الثانية.

وَالأَوَّلَ شِبْهُ العَمْدِ، وَيَخْتَلِفُ أَحْكَامُهُمَا، فَكَانَ عَلَى كُلِّ قَتْلٍ شَهَادَةٌ فَرْدٌ (وَكَذَا إِذَا قَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَهُ بِعَصًا، وَقَالَ الآخَرُ: لَا أَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ، فَهُوَ بَاطِلٌ) لِأَنَّ المُطْلَقَ يُغَايِرُ المُقَيَّدَ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ قَتَلَهُ، وَقَالَا: لَا نَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ، فَفِيهِ الدِّيَةُ اسْتِحْسَانًا) وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا تُقْبَلَ هَذِهِ الشَّهَادَةُ، لِأَنَّ القَتْلَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الآلَةِ، فَجُهِلَ المَشْهُودُ بِهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُمْ شَهِدُوا بِقَتْلٍ مُطْلَقٍ، وَالمُطْلَقُ لَيْسَ بِمُجْمَلٍ، فَيَجِبُ أَقَلُّ مُوجِبَيْهِ، وَهُوَ الدِّيَةُ، وَلِأَنَّهُ يُحْمَلُ إِجْمَالُهُمْ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى إِجْمَالِهِمْ بِالمَشْهُودِ عَلَيْهِ سِتْرًا عَلَيْهِ.

وَأَوَّلُوا كَذِبَهُمْ فِي نَفْيِ العِلْمِ بِظَاهِرِ مَا وَرَدَ بِإِطْلَاقِهِ فِي إِصْلَاحِ ذَاتِ البَيْنِ، وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ، فَلَا يَثْبُتُ الِاخْتِلَافُ بِالشَّكِّ، وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، لِأَنَّ الأَصْلَ

قوله: (لأن المطلق يغاير المقيد)؛ لأن المقضي به إن كان القتل بعصا؛ فالدية على العاقلة، وإن كان المقضي به لا يعلم؛ فالدية في ماله. كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده.

قوله: (والمطلق ليس بمجمل): ولهذا أوجب التحرير في التكفير بقوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ ولو كان مجملًا لما وجب الكل.

قوله: (ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة) إلى آخره؛ يعني: لا يحمل **قولهما: (لا ندري)**، على الغفلة، بل يحمل على أنهما[1] سعيا في الدية، والمندوب إليه في العقوبات إحسانًا للظن بهما، وذلك شائع وإن كان كذبًا؛ لأن الشرع جوز الكذب في إصلاح ذات البين، قال عليه الصلاة والسلام: «**ليسَ بِكذّابٍ مَن أصلحَ بينَ اثنينِ، وقالَ خيرًا أو نَما خيرًا**»[2]، وهذا أحق من ذلك؛ لأن الشاهد مندوب إلى الستر، وإلى السعي بدرء العقوبات.

(فلا يثبت الاختلاف بالشك) إلى آخره: وهذا في الحقيقة جواب إشكال

---

(١) في النسختين: (أنها) والمثبت أليق بالسياق.

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٨٣ برقم ٢٦٩٢)، ومسلم (٤/ ٢٠١١ برقم ٢٦٠٥) من حديث أم كلثوم بنت عقبة رضي الله عنها.

فِي الفِعْلِ العَمْدُ، فَلَا يَلْزَمُ العَاقِلَةَ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانًا، فَقَالَ الوَلِيُّ: قَتَلْتُمَاهُ جَمِيعًا، فَلَهُ أَنْ يَقْتُلَهُمَا، وَإِنْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانًا، وَشَهِدَ آخَرُونَ عَلَى آخَرَ بِقَتْلِهِ، وَقَالَ الوَلِيُّ: قَتَلْتُمَاهُ جَمِيعًا، بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ) وَالفَرْقُ: أَنَّ الإِقْرَارَ وَالشَّهَادَةَ يَتَنَاوَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وُجُودَ كُلِّ القَتْلِ وَوُجُوبَ القِصَاصِ، وَقَدْ حَصَلَ التَّكْذِيبُ فِي الأُولَى مِنَ المُقِرِّ لَهُ وَفِي الثَّانِيَةِ مِنَ المَشْهُودِ لَهُ، غَيْرَ أَنَّ تَكْذِيبَ المُقَرِّ لَهُ المُقِرُّ فِي بَعْضِ مَا أَقَرَّ بِهِ لَا يُبْطِلُ إِقْرَارَهُ فِي البَاقِي، وَتَكْذِيبُ المَشْهُودِ لَهُ الشَّاهِدَ فِي بَعْضِ مَا شَهِدَ بِهِ يُبْطِلُ شَهَادَتَهُ أَصْلًا، لِأَنَّ التَّكْذِيبَ تَفْسِيقٌ، وَفِسْقُ الشَّاهِدِ يَمْنَعُ القَبُولَ، أَمَّا فِسْقُ المُقِرِّ: لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ.

يرد على جواب الاستحسان، وهو أن يقال: ينبغي ألا تقبل شهادتهم في قولهم: لا ندري، أصادقون أم كاذبون؟ فعلى الوجهين لا تقبل؛ لأن على تقدير صدقهم لا يمكن القضاء بشهادتهم؛ لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا صاروا فسقة، فلا تقبل شهادتهم. فقال في جوابه: جُعِلُوا عالِمين بأنه قتله بالسيف، لكنهم بقولهم: لا ندري (أوّلوا كذبهم) إلى آخره؛ يعني: اختاروا على القاتل جهة الستر.

قوله: (قتلتماه جميعًا فله أن يقتلهما): أما لو قال: صدقتما في هذه الصورة؛ لا يقتل واحدًا منهما. ذكره التمرتاشي.

والفرق: أن قوله: صدقتما، كقوله لكل واحد: أنت قتلته وحدك، وفي تصديق كل واحد منهما تكذيب الآخر، وهو تكذيب لهما حينئذ. بخلاف قوله: قتلتما؛ لأنه لما أقر كل واحد بكمال القتل، صدق الولي بقوله: قتلتما كل واحد في نصف القتل، والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل إقراره، أما التكذيب في كل ما أقر به يبطل الإقرار، كما لو أقر لرجل بألف، فصدقه في النصف وكذبه بالنصف؛ صح الإقرار. كذا ذكره الكشاني.

بَابُ اعْتِبَارِ حَالَةِ القَتْلِ

قَالَ: (وَمَنْ رَمَى مُسْلِمًا فَارْتَدَّ المَرْمِيُّ إِلَيْهِ - وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ - ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ، فَعَلَى الرَّامِي الدِّيَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بِالِارْتِدَادِ أَسْقَطَ تَقَوُّمَ نَفْسِهِ، فَيَكُونُ مُبْرِئًا لِلرَّامِي عَنْ مُوجِبِهِ كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ بَعْدَ الجُرْحِ قَبْلَ المَوْتِ. وَلَهُ: أَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِفِعْلِهِ، وَهُوَ الرَّمْيُ، إِذْ لَا فِعْلَ مِنْهُ بَعْدُ، فَتُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ وَالمَرْمِيِّ إِلَيْهِ فِيهَا مُتَقَوِّمٌ، وَلِهَذَا تُعْتَبَرُ حَالَةُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الحِلِّ حَتَّى لَا يَحْرُمَ بِرِدَّةِ الرَّامِي بَعْدَ الرَّمْيِ، وَكَذَا فِي حَقِّ التَّكْفِيرِ، حَتَّى جَازَ بَعْدَ الجُرْحِ قَبْلَ المَوْتِ. وَالفِعْلُ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا، فَالقَوَدُ سَقَطَ لِلشُّبْهَةِ، وَوَجَبَتِ الدِّيَةُ.

(وَلَوْ رَمَى إِلَيْهِ وَهُوَ مُرْتَدٌّ فَأَسْلَمَ، ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ

بَابٌ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ الْقَتْلِ

ذكر أحوال القتل بعد وجود ذكر القتل وما يتعلق به؛ لأن الحال صفة، والصفة تعتري [وجود][1] الشيء.

قوله: (فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة)؛ أي: لورثة المرتد.

(وقالا: لا شيء عليه) من الدية والقصاص، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن التلف حصل في محل لا عصمة له، فيكون هدرًا، كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات.

(وكما إذا أبرأه بعد الجرح)؛ أي: عن الجناية أو حقه، وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية، ثم أصابه السهم. وكما لو أعتق المالك عبد المغصوب؛ يصير مبرئًا للغاصب عن الضمان. كذا في جامع صدر الإسلام.

(وله: أن الضمان وجب بفعله)؛ يعني: الرامي إنما يصير قاتلًا بفعله، وفعله الرمي لا غير (والمرمي إليه وقت الرمي متقوم).

قوله: (فلا شيء عليهم في قولهم)؛ أي: في قول أصحابنا.

وقال الشافعي، وأحمد: يجب عليه في المرتد والحربي إذا أصابهما الرمية

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

جَمِيعًا، وَكَذَا إِذَا رَمَى حَرْبِيًّا فَأَسْلَمَ) لِأَنَّ الرَّمْيَ مَا انْعَقَدَ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ لِعَدَمِ تَقَوُّمِ الْمَحِلِّ، فَلَا يَنْقَلِبُ مُوجِبًا لِصَيْرُورَتِهِ مُتَقَوِّمًا بَعْدَ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَإِنْ رَمَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ، ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِهِ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ فَضْلُ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مَرْمِيًّا إِلَى غَيْرِ مَرْمِيٍّ، وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ(*)، لَهُ: أَنَّ الْعِتْقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، ....

بعد إسلامهما الدية؛ لأن الاعتبار لحالة الإصابة؛ إذ الرمي سبب، والإصابة جناية، والاعتبار لحالة الجناية، كما لو حفرَ بِئرَ الحربيِّ فوقع فيها بعد إسلامه.

وقلنا: إن الرمي لم ينعقد موجبًا للضمان؛ لأن المرمي غير متقوم، وإن أصابه متقومًا بعده.

وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسألة، وكذا مسألة الرجم على ما يجيء، وكذا في مسألة الرمي ثم تمجس، وكذا في مسألة المحرم على ما يجيء، إلا أنهما يقولان في مسألة رمى مسلمًا فارتد؛ أنه بالارتداد يصير مُبرِّئًا للرامي عن الضمان، ولهذا قالا بالارتداد مُبَرِّئًا، والإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب.

وأبو حنيفة يقول: بالارتداد لا يصير مُبَرِّئًا؛ لأن في اعتقاد المرتد أن الردة [٢/ ٤٨٠/ب] لا تبطل التقوم، فكيف يصير مُبرِّئًا عن الضمان؟ كذا في جامع قاضي خان، والتمرتاشي، والمحبوبي.

قوله: (فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة) إلى آخره: وقال الشافعي، وأحمد: يجب عليه دية حر لورثته؛ لما ذكرنا من أن الاعتبار للضمان عندهما حالة الإصابة.

وبقولهما: قال زفر.

(له)؛ أي: لمحمد **(أن العتق قاطع للسراية)**؛ لأن توجه السهم إليه أوجب إشرافه على الهلاك، فصار ذلك كالجرح الواقع به، ولو جرحه ثم أعتقه مولاه؛

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وَإِذَا انْقَطَعَتْ بَقِيَ مُجَرَّدُ الرَّمْيِ، وَهُوَ جِنَايَةٌ يَنْتَقِصُ بِهَا قِيمَةُ الْمَرْمِيِّ إِلَيْهِ بِالْإِضَافَةِ إِلَى مَا قَبْلَ الرَّمْيِ فَيَجِبُ ذَلِكَ، وَلَهُمَا: أَنَّهُ يَصِيرُ قَاتِلًا مِن وَقْتِ الرَّمْيِ، لِأَنَّ فِعْلَهُ الرَّمْيَ وَهُوَ مَمْلُوكٌ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ فَتَجِبُ قِيمَتُهُ، بِخِلَافِ الْقَطْعِ وَالْجُرْحِ، لِأَنَّهُ إِتْلَافُ بَعْضِ الْمَحِلِّ، وَأَنَّهُ يُوجِبُ الضَّمَانَ لِلْمَوْلَى، وَبَعْدَ السِّرَايَةِ لَوْ وَجَبَ شَيْءٌ لَوَجَبَ لِلْعَبْدِ، فَتَصِيرُ النِّهَايَةُ مُخَالِفَةً لِلْبِدَايَةِ.

أَمَّا الرَّمْيُ قَبْلَ الْإِصَابَةِ لَيْسَ بِإِتْلَافِ شَيْءٍ مِنْهُ، لِأَنَّهُ لَا أَثَرَ لَهُ فِي الْمَحَلِّ، وَإِنَّمَا

لانقطعت سراية جنايته، ولم يضمن قيمته ولا ديته بالاتفاق، ولكن يضمن نقصانه؛ لانتقاص قيمته بالإضافة إلى ما قبل الرمي، فكذا هنا.

قوله: (وإذا انقطعت السراية فبقي مجرد الرمي) إلى آخره: وإنما قال: إن العتق قاطع للسراية؛ لما أن ابتداء الفعل يقتضي ثبوت الضمان للمولى، وانتهاء الفعل يقتضي ثبوته للمرمي إليه، فيكون انتهاء الفعل مخالفًا لأوله، فلا بد أن يجعل العتق قاطعًا للسراية ضرورة.

وفرق أبو يوسف بين هذه المسألة والمسألة الأولى، وهو أن المرمي مسلم[1] وارتد حالة الإصابة، فقال هنا: بالردة يخرج من أن يكون معصومًا، فيكون مسبوقًا، أما هاهنا فالمعترض على الضمان ليس إلا العتق، وأنه لا ينافي وجوب الضمان، بل يؤكده لعدم سقوط عصمته، بل ازدادت، فلا يلزم المخالفة بين النهاية والبداية في استحقاق الضمان، وتجب القيمة دون الدية؛ لأنه انعقد موجبًا للقيمة، ولا يعترضه ما ينافيه، فلا تعتبر بعده. كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (أما الرمي[2] قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه)؛ أي: من المرمي إليه.

(لأنه)؛ أي: لأن الرمي (لا أثر له)؛ أي: للرمي (في المحل)؛ لعدم إصابته إلى المحل، فلم تخالف النهاية البداية. بخلاف الجرح؛ فإن هناك اتصلت بالمحل، ووجب ضمان الجرح للمولى في الحال، وعند السراية لو قلنا

---

(١) في النسختين: (مسلمًا) والمثبت الصواب.
(٢) في الأصل: (الذمي) والمثبت من النسخة الثانية.

قَلَّت الرَّغَبَاتُ فِيهِ فَلَا يَجِبُ بِهِ ضَمَانٌ، فَلَا تَتَخَالَفُ النِّهَايَةُ وَالبِدَايَةُ، فَتَجِبُ قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى. وَزُفَرُ وَإِنْ كَانَ يُخَالِفُنَا فِي وُجُوبِ القِيمَةِ نَظَرًا إِلَى حَالَةِ الإِصَابَةِ، فَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا حَقَّقْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالرَّجْمِ، فَرَمَاهُ رَجُلٌ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ، ثُمَّ وَقَعَ بِهِ الحَجَرُ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الرَّامِي) لِأَنَّ المُعْتَبَرَ حَالَةُ الرَّمْيِ، وَهُوَ مُبَاحُ الدَّمِ فِيهَا.

(وَإِذَا رَمَى المَجُوسِيُّ صَيْدًا، ثُمَّ أَسْلَمَ، ثُمَّ وَقَعَتِ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ، لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ رَمَاهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ، ثُمَّ، تَمَجَّسَ - وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ -: أُكِلَ) لِأَنَّ المُعْتَبَرَ حَالُ الرَّمْيِ فِي حَقِّ الحِلِّ وَالحُرْمَةِ، إذ الرَّمْيُ هُوَ الذَّكَاةُ فَتُعْتَبَرُ الأَهْلِيَّةُ وَانْسِلَابُهَا عِنْدَهُ.

(وَلَوْ رَمَى المُحْرِمُ صَيْدًا، ثُمَّ حَلَّ، فَوَقَعَتْ الرَّمْيَةُ بِالصَّيْدِ، فَعَلَيْهِ الجَزَاءُ، وَإِنْ رَمَى حَلَالٌ صَيْدًا، ثُمَّ أَحْرَمَ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالتَّعَدِّي، وَهُوَ رَمْيُهُ فِي حَالَةِ الإِحْرَامِ، وَفِي الأَوَّلِ: هُوَ مُحْرِمٌ وَقْتَ الرَّمْيِ، وَفِي الثَّانِي: حَلَالٌ، فَلِهَذَا افْتَرَقَا.

بوجوب ضمان النفس؛ كان ذلك للعبد الميت، فخالفت النهاية البداية، فكذلك قطع العتق السراية. هذا كله مما أشار إليه المحبوبي.

وقال الشافعي وأحمد في وجه: تجب دية حر في الجرح أيضًا؛ لأن الجناية معتبرة حال استقرارها، وهو حينئذ حر.

وعن أحمد في وجه كقولنا، أي: للسيد كمال قيمته.

قوله: (وانسلابها)؛ أي: سقوط الأهلية (عنده)؛ أي: عند الرمي.

كِتَابُ الدِّيَاتِ

قَالَ: (وَفِي شِبْهِ العَمْدِ دِيَةٌ مُغَلَّظَةٌ عَلَى العَاقِلَةِ، وَكَفَّارَةٌ عَلَى القَاتِلِ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي أَوَّلِ الجِنَايَاتِ.

كِتَابُ الدِّيَاتِ

قدم القصاص؛ لأنه هو الأصل، قال الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] وصيانة الحياة والأنفس فيه أقوى، والدية كالخلف له، ولهذا تجب بالعوارض كالخطأ وما في معناه، وقد بينا المحاسن في أول الجنايات.

والدية لغة: مصدر وَدَى القاتلُ المقتول؛ إذا أعطى وَلِيَّهُ المال الذي هو بدل النفس. ثم قيل لذلك المال تسمية بالمصدر، وكان التاء في آخرها عوضًا عن الواو في أولها، كالعدة، والأمر يجيء من ودى يدي دوًا، ومنه الحديث: «قومُوا فَدُوهُ»[(١)].

وأصل التركيب يدل على معنى الجَرْي، ويخرج منه الوادي؛ لأن الماء يدي فيه، أي: يجري.

والأرش: اسم للواجب على ما دون النفس.

وفي الصحاح: الأرش دية الجراحات[(٢)].

ثم الأصل في وجوب الدية: الكتاب، قال الله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢].

والسُّنة: فروى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم، أنه ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابًا إلى أهل اليمن، فيه الفرائض والسنن والديات، وقال فيه: «وَأَنّ في

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٩١ برقم ٤٥٧٢)، والنسائي (٨/ ٢١ برقم ٤٧٣٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٢ برقم ٢٦٤١)، والحاكم (٣/ ٦٦٦ برقم ٦٤٦٠) من حديث حَمَلِ بن مالك ﷺ.

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٣/ ٩٩٥).

قَالَ: (وَكَفَّارَتُهُ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] الآيَةُ ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ بِهَذَا النَّصِّ (وَلَا يُجْزِئُ فِيهِ الإِطْعَامُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ، وَالمَقَادِيرُ تُعْرَفُ بِالتَّوْقِيفِ، وَلِأَنَّهُ جَعَلَ المَذْكُورَ كُلَّ

النّفسِ مائةً مِنَ الإبِلِ»[١] رواه النسائي في سننه، ومالك في موطئه.

وقال ابن عبد البر: هو كتاب مشهور عند أهل السير وأهل العلم، فاستغني بشهرتها عن الإسناد؛ لأنه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة، تأتي في مواضعها من الكتاب.

وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة.

وفي المبسوط: القتل من أعظم الكبائر، فلا بد له من زاجر، إلا أنه لو وقع الاقتصار على الزجر بالوعيد في الآخرة؛ ما انزجر إلا أقل القليل، وإنما أكثر الناس إنما ينزجر عن مخافة العاجلة بالعقوبة، فشرع فيه القصاص والدية؛ لتحقيق معنى الزجر، وهذا الكتاب لبيان ذلك، وقد سماه محمد كتاب الديات؛ لأن وجوب الدية بالقتل أعم من وجوب القصاص، فإن الدية تجب في الخطأ وسببه العمد، فرجح جانب الدية في نسبة الكتاب[٢].

قوله: (ولا يجزئ فيها)؛ أي: الكفارة **(الإطعام)** وبه قال الشافعي في قول، ومالك، وأحمد في رواية.

وقال الشافعي، ومالك، وأحمد [٢/ ٤٨١/ أ] في رواية: فإن لم يقدر على الصيام يجب إطعام ستين مسكينًا؛ لأنها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين، فكان فيها إطعام ستين مسكينًا عند عدمهما، ككفارة الظهار والفطر في رمضان.

وقلنا: هذا من المقادير، والمقادير لا تعرف بالرأي، بل بالنص، ولم يرد به نص؛ لأن المذكور في النص كل الواجب؛ لأن[٣] بدخول الفاء يعلم أنه خبر الشرط المذكور قبله، وهو إنما يكون خبرًا أن لو كان كل الجزاء، وإلا لا يكون جزاء؛ لأن الجزاء اسم للكافي.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٥٩).
(٣) في الأصل: (لا) والمثبت من النسخة الثالثة.

الوَاجِبِ بِحَرْفِ الفَاءِ، أَوْ لِكَوْنِهِ كُلَّ المَذْكُورِ عَلَى مَا عُرِفَ (وَيُجْزِئُهُ رَضِيعٌ أَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِمٌ) لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ بِهِ، وَالظَّاهِرُ بِسَلَامَةِ أَطْرَافِهِ (وَلَا يُجْزِئُ مَا فِي البَطْنِ) لِأَنَّهُ لَا تُعْرَفُ حَيَاتُهُ وَلَا سَلَامَتُهُ.

قَالَ: (وَهُوَ الكَفَّارَةُ فِي الخَطَإِ) لِمَا تَلَوْنَاهُ (وَدِيَتُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

(أو لأنه)؛ أي: العتق أو الصيام (كل المذكور) وهذا ينفي كون غيره غير مراد؛ إذ لو كان غيره مراد الذكر لأنه موضع الحاجة إلى البيان، فحيث لم يذكر؛ دل أنه غير مراد؛ لأن السكوت عن البيان في موضع الحاجة بيان.

قوله: (لأنه مسلم به)؛ أي: بأخذ الدية.

قوله: (والظاهر بسلامة أطرافه): هذا جواب لسؤال مقدر، وهو أن يقال: ينبغي أن لا يصح عتقه؛ لأنه يجب في ذكره ولسانه حكومة عدل - كما سيجيء-، وسلامة أطرافه غير [معلوم][1]، وسلامة الأطراف في عتق الرقبة شرط لوقوعه كفارة.

فقال: والظاهر سلامة أطرافه، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للإلزام، وفي إيجاب الدية في القطع إلزام الدية، فلا يصلح حجة. أما هاهنا لدفع الواجب. ولأنه إذا عاين هاهنا يعرف سلامة أطرافه، أما هناك لو قطعت أطرافه لم يظهر لنا سلامة أطرافه، لا في حال القطع ولا بعد العتق، وفي الإعتاق لم ينسد باب حدوث السلامة، فافترقا.

قوله: (وهو الكفارة)؛ أي: عتق الرقبة الذي ذكرنا في شبه العمد هو الكفارة في الخطأ.

قوله: (وديته)؛ أي: دية شبه العمد.

قيد به؛ لأن دية الخطأ المحض مائة من الإبل أرباعًا.

وقوله: (عند أبي حنيفة): فالاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب، من المباسيط وغيرهم، والجوامع، والأسرار، والإيضاح؛ فإن المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكتب في بعض النسخ: (عند أبي

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

مِائَةٌ مِن الإِبِلِ أَرْبَاعًا: خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَخَمْسٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَقَالَ مُحَمَّدٌ(*) وَالشَّافِعِيُّ: أَثْلَاثًا، ثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَثَلَاثُونَ حِقَّةً، وَأَرْبَعُونَ ثَنِيَّةً، كُلُّهَا خَلِفَاتٌ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ خَطَإِ العَمْدِ قَتِيلُ السَّوْطِ وَالعَصَا، وَفِيهِ مِائَةٌ مِن الإِبِلِ أَرْبَعُونَ مِنْهَا فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا» وَعَنْ عُمَرَ ﷺ: ثَلَاثُونَ حِقَّةً

حنيفة وأبي يوسف)؛ موافقًا لعامة الروايات.

وقوله: (عشرون بنت مخاض): بنصب بنت، وكذا في غيره؛ لأن مميز أحد عشر إلى تسعة وتسعين يجيء منصوبًا.

الخلفة: الحامل من النوق، وجمعها: مخاض من غير لفظها، وقد يقال: خلفات، فعلى هذا التفسير، كان قوله: **(في بطونها أولادها)** صفة مقررة، كما في قوله ﷺ: «**ما أبقَتْه الفرائضُ فلِأَولَى رَجُلٍ ذَكَرٍ**»[(١)].

فدية شبه العمد أرباعًا كما ذكر في الكتاب عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومالك، وأحمد في رواية، وبه قال الزهري، وربيعة، وسليمان بن يسار.

وعند محمد، والشافعي، وأحمد في رواية أخرى: أثلاثًا كما ذكر في الكتاب؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أنه ﷺ قال: «**من قتلَ مُتعمِّدًا دُفِعَ إلَى أولياءِ المَقتولِ، فإن شاؤوا قتَلُوهُ وإن شاؤوا أخَذوا الدِّيةَ، وهِي ثلاثون حِقَّةً، وثلاثون جَذَعَةً، وأربعونَ خَلِفةً، وما صالَحوا علَيهِ فهُوَ لَهُم**»[(٢)] رواه الترمذي، وقال: حديث حسن غريب.

وعن ابن عمر أنه ﷺ قال: «**ألَا إنّ في قتيلِ عَمدِ الخَطَإِ قتيلَ السّوطِ والعَصا، مِائةٌ مِنَ الإبلِ أربعونَ خَلِفَةً في بطونِها أولادُها**»[(٣)] رواه أبو داود، وأحمد، وغيرهما.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٠ برقم ٦٧٣٢)، ومسلم (٣/ ١٢٣٣ برقم ١٦١٥) من حديث عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً، وَلِأَنَّ دِيَةَ شِبْهِ العَمْدِ أَغْلَظُ، وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَا. وَلَهُمَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فِي نَفْسِ المُؤْمِنِ مِائَةٌ مِن الإِبِلِ» وَمَا رَوَيَاهُ غَيْرُ ثَابِتٍ، ....

وعن عمرو بن شعيب أن رجلًا حذف ابنه بالسيف فقتله، فأخذ عمر منه الدِّيَة، ثلاثين حِقَّةً وثلاثين جَذَعَةً وأربعين خَلِفَةً. رواه مالك في الموطأ[١].

ولنا: ما روى الزهري عن السائب بن يزيد قال: كانت الدية في عهد رسول الله ﷺ أرباعًا، خمسًا وعشرين جذعة، وخمسًا وعشرين بنت لبون، وخمسًا وعشرين حِقَّة، وخمسًا وعشرين بنت مخاض، ومعلوم أنها لم يرد به الخطأ؛ لأنها في الخطأ تجب أخماسًا، فعرف أن المراد به شبه العمد.

وقال ﷺ: «**فِي نَفْسِ المُؤْمِنِ مائةٌ مِنَ الإِبِلِ**»[٢]، والمراد: أدنى ما يكون منه، وما قلنا أدنى.

وعن ابن مسعود: "دية شبه العمد أرباعًا"، وهكذا عن علي، كما ذكر في الكتاب.

(**ولأن دية شبه العمد أغلظ**) من دية الخطأ المحض (**وذلك**)؛ أي: كونها أغلظ (**فيما قلنا**)؛ لأن في الخطأ المحض تجب أخماسًا. ولأن الدية إنما تجب عوضًا عن المقتول، والحامل لا يجوز أن تستحق في شيء من المعاوضات؛ لما أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف عليها، أو لأن الجنين من وجه كالمنفصل، فيكون هذا في معنى إيجاب الزيادة على المائة.

وبالاتفاق أن صفة التغليظ [٢/ ٤٨١/ب] من حيث السن لا من حيث العدد، والديات تعتبر بالصدقات؛ لأنها تجب على العاقلة بطريق الصلة للقاتل، كالصدقات، والشرع نهى عن أخذ الحوامل في الصدقات؛ لأنها كرائم أموال الناس، فكذلك في الديات. كذا في المبسوط[٣].

قوله: (**وما روياه**)؛ أي: محمد والشافعي من الحديث لا تكاد تصح[٤]

---

(١) موطأ مالك (٢/ ٨٦٧ برقم ١٠).
(٢) سبق تخريجه.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٧٧).
(٤) في الأصل: (تصلح) والمثبت من النسخة الثانية.

لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ ﷺ فِي صِفَةِ التَّغْلِيظِ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ﷺ قَالَ بِالتَّغْلِيظِ أَرْبَاعًا كَمَا ذَكَرْنَا، وَهُوَ كَالمَرْفُوعِ، فَيُعَارَضُ بِهِ. قَالَ: (وَلَا يَثْبُتُ التَّغْلِيظُ إِلَّا فِي الإِبِلِ خَاصَّةً) لِأَنَّ التَّوْقِيفَ فِيهِ، فَإِنْ قَضَى بِالدِّيَةِ فِي غَيْرِ الإِبِلِ لَمْ تَتَغَلَّظْ لِمَا قُلْنَا.

الزيادة، وهي «أربعونَ مِنها خَلِفاتٌ في بُطونِها أولادُها»، وهذه الزيادة لم تثبت؛ لأنه عليه السلام قاله في حجة الوداع في خطبته، وكان بمحضر من جماعة الصحابة، ولم يَرْوِ هذا الحديث إلا نعمان بن بشير، وهو في ذلك الوقت من الصبيان، وقد خفي الحديث على كبار الصحابة، حيث اختلفوا فيما بينهم في [صفة][1] التغليظ، ولم تجر المحاجة [بينهم][2] بالحديث، علم أنه لا يكاد يصح. كذا في المبسوط[3].

وفي شرح الأقطع: وما رواه محمد والشافعي معارض لأثر ابن مسعود؛ لأن ابن مسعود ما قال ذلك إلا سماعًا؛ لأنه لا مدخل للرأي في المقادير، وإذا تعارض الخبران كان الأخذ بالمتيقن أولى، وهو أدنى الإبل أولى، وهذا معنى قوله: (**كالمرفوع**)؛ أي: أثر ابن مسعود كالمرفوع (**فيعارض به**) فيؤخذ[4] بالأدنى.

قوله: (لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ): فإن عمر، وزيدًا، وأبا موسى الأشعري، والمغيرة بن شعبة، قالوا كما قال محمد والشافعي.

وعن علي، وعثمان، وزيد بن ثابت في رواية عنه: أنهم قالوا ثلاثون حقة، وثلاثون بنت لبون، وأربعون خلفة. وعن ابن مسعود كما ذكرنا.

ثم على قول الشافعي ومحمد: لو اختلف في حملها يرجع إلى أهل الخبرة، كما يرجع في حمل المرأة إلى قول القوابل.

ولو اختلف الولي والجاني بعدما أخذها بقول أهل الخبرة، قال الولي: لم تكن حوامل، وقال الجاني: ولدت عندك؛ فالقول للجاني، وإن أخذها بغير

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٧٧).
(٤) في الأصل: (وهو) والمثبت من النسخة الثانية.

....

قولهم؛ فالقول للولي؛ لأن الأصل عدم الحمل.

ثم دية شبه العمد على العاقلة عندنا، والشافعي، وأحمد في الظاهر، والثوري، وإسحاق، والنخعي، والحكم، وحماد، والشعبي.

وقال ابن سيرين، وابن شبرمة، وأبو ثور، وقتادة، والثوري، والحارث العكلي، وأحمد في رواية: في مال القاتل.

وهكذا يجب أن يكون قول مالك؛ لأن شبه العمد عنده من باب العمد.

لهم: أنها موجب فعل قصده، فلم تتحمله العاقلة كالعمد المحض. ولأنها دية مغلظة، فأشبهت دية العمد.

ولنا: ما روى أبو هريرة، اقتتلت امرأتان من هُذَيْلٍ، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقِلَتِهَا. متفق عليه[1].

ولأنه قتل لا يوجب القصاص، فوجبت ديته على عاقلته كالخطأ.

ولا يعلم خلاف بين أهل العلم أنها مؤجلة. وحكي عن قوم من الخوارج أنهم قالوا: حالَّة؛ لأنها بدل متلف، فتجب حالَّة؛ كالقصاص، وبدل سائر المتلفات.

وقلنا: يخالف سائر المتلفات والقصاص؛ لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة، فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم.

وقد روي عن عمر وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، ولا مخالف لهما في عصرهما، فكان إجماعًا، وقول الخارجي مخالف للإجماع.

أما الدية التي تجب في العمد المحض في مال القاتل بالإجماع، ولكن عندنا مؤجلة، وعند الأئمة الثلاثة حالَّة؛ لأنها بدل النفس كالقصاص.

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ١١ برقم ٦٩١٠)، ومسلم (٣/ ١٣٠٩ برقم ١٦٨١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

قَالَ: (وَقَتْلُ الخَطَإِ تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ، وَالكَفَّارَةُ عَلَى القَاتِلِ) لِمَا بَيَّنَّا مِن قَبْلُ، قَالَ: (وَالدِّيَةُ فِي الخَطَإِ: مِائَةٌ مِن الإِبِلِ أَخْمَاسًا، عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ، وَعِشْرُونَ ابْنَ مَخَاضٍ، وَعِشْرُونَ حِقَّةً، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً) وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودَ رضي الله عنه، وَأَخَذْنَا نَحْنُ وَالشَّافِعِيُّ بِهِ، لِرِوَايَتِهِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي قَتِيلٍ قُتِلَ خَطَأً أَخْمَاسًا» عَلَى نَحْوِ مَا قَالَ، وَلِأَنَّ مَا قُلْنَاهُ أَخَفُّ، فَكَانَ أَلْيَقَ بِحَالَةِ الخَطَإِ، لِأَنَّ الخَاطِئَ مَعْذُورٌ، غَيْرَ أَنَّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَقْضِي بِعِشْرِينَ ابْنَ لَبُونٍ مَكَانَ ابْنِ مَخَاضٍ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ.

قَالَ: (وَمِن العَيْنِ أَلْفُ دِينَارٍ، وَمِن الوَرِقِ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مِن الوَرِقِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا، ....

وقلنا: دية آدمي، فكانت مؤجلة؛ كدية شبه العمد.

قوله: (لما بينا من قبل)؛ إشارة إلى ما ذكر في أول الجنايات.

قوله: (أخذنا نحن والشافعي به): وبه قال مالك، وأحمد، وابن المنذر، وأكثر أهل العلم.

قوله: (غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان عشرين ابن مخاض): وبه قال مالك، والليث، وربيعة.

قال الخطابي: روي أنه عليه الصلاة السلام وَدَى الذي قتل بخيبر بمائة من إبل الصدقة، وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض. وهكذا روي عن ابن مسعود أيضًا.

ولنا: ما روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**في دِيَةِ الخطإِ عشرونَ حِقةً، وعشرونَ جَذَعَةً، وعشرونَ بنتَ مخاضٍ، وعشرونَ بنتَ لَبونٍ، وعشرون ابنَ مخاضٍ**»[1] رواه النسائي، وأبو داود، وابن ماجة.

وأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه؛ لأنهم لم يَدَّعوا على أهل خيبر قتله إلا عمدًا، فتكون ديته دية العمد، وهي من أسنان الصدقة، والخلاف في الخطأ.

قوله: (وقال الشافعي: من الورق [٢/ ٤٨٢/ ب] اثني عشر ألفا): وبه قال

(١) سبق تخريجه.

لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى بِذَلِكَ. وَلَنَا: مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ﷺ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى بِالدِّيَةِ فِي قَتِيلٍ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ». وَتَأْوِيلُ مَا رَوَى أَنَّهُ قَضَى مِن دَرَاهِمَ كَانَ وَزْنُهَا وَزْنَ سِتَّةٍ، وَقَدْ كَانَتْ كَذَلِكَ.

مالك، وأحمد، وإسحاق (لما روى ابن عباس أنه ﷺ قضى في الدية بذلك).

وروى يزيد الرقاشي، أنه عليه الصلاة السلام قال: «**لَأن أجلِسَ معَ قوم يذكرونَ اللهَ من بعدِ صلاةِ العَصرِ إلَى أن تغيبَ الشّمسُ؛ أحبُّ إليَّ من أن أعتِقَ ثمانيةً من ولدِ إسماعيلَ، ديةُ كلِّ واحدٍ منهم اثنا عَشَرَ ألفًا**»[1].

وعن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «**من قرأَ الخمسُمائةَ إلَى ألفِ آيةٍ أصبحَ وله قِنطارٌ في الآخرةِ، والقنطارُ ديةُ أحدِكُم اثنا عشرَ ألفَ درهمٍ**»[2].

(ولنا: ما روي) إلى آخره: وروي عن عمر بن عبد العزيز بعشرة آلاف درهم. وبقولنا: قال الثوري، وأبو ثور صاحب الشافعي.

قوله: (وزنها وزن ستة).

فإن قيل: (اثني عشر) بوزن ستة تكون أكثر من عشرة آلاف أيضًا، فكيف يفيد هذا التأويل؟

قلنا: يحتمل أنه كان وزن ستة إلا شيء، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة؛ لما أنه كان قريبا من وزن ستة، على أن هذا الوزن غير مراد على التعيين، بل يكون محمولًا على وزن يوافق قضاء رسول الله ﷺ، سواء كان وزن ستة أو خمسة. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

ولهذا قال في الأسرار: وروي عن ابن عباس أنه ﷺ جعل الدية عشرة آلاف نصيب شريعة.

وما رواه الشافعي قضية في حادثة، فيحمل على حال ما إذا كانت الدراهم

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/ ١٣٨ برقم ١٦١٨٠) من حديث أنس بن مالك ﷺ.
قال الهيثمي: في إسناده محتسب أبو عائذ، وثقه ابن حِبَّان، وضعَّفه غيره، وبقية رجاله ثقات. مجمع الزوائد (١٠/ ١٠٥).

(٢) أخرجه الدَّارِميّ مرسلًا (٤/ ٢١٧٥ برقم ٣٥٠٢).

قَالَ: (وَلَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا مِن هَذِهِ الأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: مِنْهَا وَمِنَ البَقَرِ مِائَتَا بَقَرَةٍ، وَمِنَ الغَنَمِ أَلْفَا شَاةٍ، وَمِنَ الحُلَلِ مِائَتَا حُلَّةٍ، كُلُّ حُلَّةٍ ثَوْبَانِ)(*).

وزن خمسة، فإنها كانت على ذلك في الأغلب إلى عهد عمر، فأبطل عمر ذلك الوزن.

أو يحمل على أنه ﷺ قضى برضا الغارم بالدية، أو قضى بقيمة الإبل فرضًا.

والعجب من الشافعي، أنه لا يعمل بالمرسل، وحديث الحسن مرسل، وحديث الرقاشي ضعيف عند الثقات. ولأنا أجمعنا أنها من الذهب ألف دينار، والدينار متقوم شرعًا بعشرة دراهم على أصولنا، كما في نصاب السرقة دينار أو عشرة دراهم، وكذلك في الصداق.

ويستدل أيضًا بموضع الوفاق، فإن الزكاة تجب في المال الكثير لا في القليل، ثم الشرع قدَّرَ نصاب الفضة ثمانين درهم، ونصابَ الذهبِ بعشرين مثقالًا، فيصير كل دينار بعشرة دراهم. ولأن الواجب في الجنين عشر قيمة الأم عنده، وعندنا عشر قيمتها إن كانت أنثى، والواجب خمسمائة بالنص والإجماع.

قوله: (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة): اختلف العلماء في الأصل في الدية؛ فقال الشافعي، وأحمد في رواية، وابن المنذر: الإبل فقط، فتجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال: «**أَلَا إنّ في قتيلِ عَمدِ الخطإِ قتيلَ السَّوطِ والعَصا مائةٌ مِنَ الإبلِ**»[(١)]؛ لأنه عليه الصلاة والسلام فرق بين دية العمد والخطإ، فغلَّظ بعضها وخفَّف بعضها، ولا يتحقق في غير الإبل.

ولأن الإبل مجمع عليه، وما عداه مختلف فيه، فيؤخذ بالمتيقن.

وقال أبو حنيفة: الإبل، والذهب، والفضة. وبه قال أحمد، والشافعي [في][(٢)] القديم.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة. (١) سبق تخريجه.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّ عُمَرَ ﷺ هَكَذَا جَعَلَ ....

وقال أبو يوسف، ومحمد، وأحمد في رواية: الإبل، والذهب، والفضة، والبقر مائتا بقرة، والغنم ألفا شاة، والحُلَّة مائتا حُلَّة؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أنه قام عمر خطيبًا وقال: "ألا إن الإبل قد غلَتْ، تقوَّم الإبل على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِقِ اثني عشر ألفا، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحُلَّة مائتي حُلَّة"[1]. رواه أبو داود.

وفائدة الخلاف: تظهر في اختيار القاتل، فعند أبي حنيفة: فله الخيار من أي أنواع الثلاثة، وفي الصلح، فإن عنده يجوز الصلح على أكثر من مائتي بقر في رواية، وفي رواية عنه: لا يجوز، كقولهما، كما لو صالح على أكثر من مائة ألف، أو ألف دينار.

وعند مالك: إن كان القاتل من أهل البوادي والعمود؛ فهي مائة من الإبل، وإن كان من أهل الذهب، كأهل الشام ومصر والمغرب، ومن لحق بهم في ذلك؛ فألف دينار، وإن كان من أهل الورق، كأهل خراسان والعراق وفارس؛ فاثني عشر ألف درهم. ذكره في الجواهر.

فعلم أن الأصول عنده ثلاثة، وبالكل جاء الحديث، ففي كتاب عمرو بن حزم أنه عليه الصلاة السلام كتب إلى أهل اليمن «**وأنّ في النّفسِ المُؤمنةِ مائةً مِنَ الإبلِ، وعلَى أهلِ الوَرِقِ ألفَ دينارٍ**»[2] رواه النسائي.

وروى الشعبي، أن عمر جعل على أهل المدينة ألف دينار. رواه أبو داود، وابن ماجه. وما أخذ عمر من البقر والغنم والحلل كان بطريق القيمة للتيسير، فظن [٢/ ٤٨٢/أ] الراوي أنه أخذه بطريق التقدير.

يؤيده: ما جاء في رواية عمرو بن شعيب، أنه قام خطيبًا "ألا إن الإبل قد غلت، تقوم الإبل..." إلى آخره.

الحُلّة: إزار ورداء، هو المختار. وقيل: في ديارنا قميص وسراويل.

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٨٤ برقم ٤٥٤٢). (٢) سبق تخريجه.

عَلَى أَهْلِ كُلِّ مَالٍ مِنْهَا. وَلَهُ: أَنَّ التَّقْدِيرَ إِنَّمَا يَسْتَقِيمُ بِشَيْءٍ مَعْلُومِ المَالِيَّةِ، وَهَذِهِ الأَشْيَاءُ مَجْهُولَةُ المَالِيَّةِ، وَلِهَذَا لَا يُقَدَّرُ بِهَا ضَمَانٌ، وَالتَّقْدِيرُ بِالإِبِلِ عُرِفَ بِالآثَارِ المَشْهُورَةِ وَعَدِمْنَاهَا فِي غَيْرِهَا، وَذَكَرَ فِي المَعَاقِلِ: أَنَّهُ لَوْ صَالَحَ عَلَى الزِّيَادَةِ عَلَى مِائَتَيْ حُلَّةٍ، أَوْ مِائَتَيْ بَقَرَةٍ، لَا يَجُوزُ، وَهَذَا آيَةُ التَّقْدِيرِ بِذَلِكَ، ثُمَّ قِيلَ: هُوَ قَوْلُ الكُلِّ فَيَرْتَفِعُ الخِلَافُ، وَقِيلَ: هُوَ قَوْلُهُمَا.

قَالَ: (وَدِيَةُ المَرْأَةِ عَلَى النِّصْفِ مِن دِيَةِ الرَّجُلِ) وَقَدْ وَرَدَ هَذَا اللَّفْظُ مَوْقُوفًا

قوله: (على أهل كل مالٍ منها)؛ أي: من المذكورات.

وقوله: (والتقدير بالإبل)[1] إلى آخره: جواب عن شبهة ترد على **قوله**: (وهذه الأشياء مجهولة المالية، ولهذا لا يقدر بها ضمان). فقال: ينتقض ما ذكرت بتقدير ضمان الدية بالإبل، مع أنها مجهول المالية. فقال في جوابها: ثبت ذلك بالآثار المشهورة كما ذكرنا.

قوله: (في المعاقل)؛ أي: في كتاب معاقل المبسوط. أورد هذا على طريق الشبهة على قول أبي حنيفة، حيث قال فيه: لا يجوز الصلح على أكثر من مائتي حلة، ومائتي بقرة، ومن ألفي شاة[2]، وهذا علامة التقدير، حيث لم يذكر فيه خلاف أبي حنيفة. فأجاب بجوابين: أحدهما: ما ذكر في معاقل المبسوط.

(**قول الكل**) في الصحيح، كما ذكره بعض مشايخنا أن الخلاف بينهما غير ثابت في الدية من ستة، إلا أن أبا حنيفة ذكر الثلث؛ لأن الغالب في أيدي الناس تلك الأموال، وهذا أظهر استدلالًا بما قاله في كتاب المعاقل.

وقيل: اختلاف زمان ومكان.

وقال بعض المشايخ: الخلاف ثابت، وما ذكر في المبسوط قولهما لا قوله.

قوله: (ودية المرأة على النصف من دية الرجل).

قال ابن عبد البر، وابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن ديتها نصف دية

---

(١) ثبت في المخطوط (التقدير بالأجل).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٧٩).

عَلَى عَلِيٍّ ﷺ وَمَرْفُوعًا إِلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا دُونَ الثُّلُثِ لَا يَتَنَصَّفُ، وَإِمَامُهُ فِيهِ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ﷺ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ بِعُمُومِهِ، وَلِأَنَّ حَالَهَا أَنْقَصُ مِن حَالِ الرَّجُلِ وَمَنْفَعَتُهَا أَقَلُّ، وَقَدْ ظَهَرَ أَثَرُ النُّقْصَانِ بِالتَّنْصِيفِ

الرجل. وحكى غيرهما عن ابن علية والأصم أنهما قالا: هما سواء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**في النفسِ المُؤمنةِ مائةٌ مِنَ الإبلِ**»[١].

ولنا: ما كتب عمرو بن حزم «**دِيةُ المَرأةِ علَى النِّصفِ مِنْ ديةِ الرّجلِ**»[٢]، وأجمع الصحابة على ذلك، وما ذكراه يخص بذلك، وقولهما شاذ، ومخالف لإجماع الصحابة.

وقال الشافعي: ما دون الثلث لا يتنصف، وكذا الثلث. قاله في القديم، وبه قال مالك، وأحمد، وهو قول الفقهاء السبعة، وابن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، وعروة بن الزبير، والزهري، وقتادة، والأعرج، وربيعة، وهكذا روي عن عمر، وابنه، وزيد بن ثابت، وعندنا، والشافعي في ظاهر مذهبه، واختاره [ابن][٣] المنذر، وأبو ثور.

(**على النصف**)[٤]: فيما قلَّ أو كَثُرَ، وبه قال الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وابن سيرين.

وفي النهاية: والصواب أن يقال: الثلث وما دونه لا يتنصف عند الشافعي، أي: في القديم كما ذكرنا.

فللشافعي ومن تابعه: ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «**عَقلُ المرأةِ [مثلُ]**[٥] عقلِ الرّجلِ حتَّى تبلُغَ الثُّلثَ مِن دِيَتِهَا»[٦] أخرجه النسائي.

---

(١) سبق تخريجه. (٢) سبق تخريجه.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من سنن النسائي.
(٥) أخرجه النسائي (٨/ ٤٤ برقم ٤٨٠٥)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٣٥٧ برقم ٦٩٨٠)، والدارقطني (٤/ ٧٧ برقم ٣١٢٨) من حديث عبد الله بن عمرو ﷺ.
قال النسائي: في إسناده إسماعيل بن عياش؛ وهو ضعيف كثير الخطأ.
(٦) انظر المتن ص ٤٩٢.

فِي النَّفْسِ، فَكَذَا فِي أَطْرَافِهَا، وَأَجْزَائِهَا اعْتِبَارًا بِهَا وَبِالثُّلُثِ وَمَا فَوْقَهُ.

وقال ربيعة: قلت لابن المسيب، كم في إصبع المرأة؟ قال: عشر من الإبل، فقلت: ففي إصبعين؟ قال: عشرون، قلت: ففي ثلاث أصابع؟ قال: ثلاثون، قلت: ففي أربع؟ قال: عشرون، قلت: سبحان الله؛ لما عظمت مصيبتها قلَّ عقلها، قال: أعراقي أنت أم جاهل مسترشد؟ قال: جاهل مسترشد، قال: هكذا السنة يا ابن أخي. والسنة مطلقًا تقتضي سنة رسول الله ﷺ.

وفي [الثلاث][1] لأحمد روايتان، في رواية: يستويان؛ لأنه لم يعبر حد القلة، ولهذا صحت الوصية.

وفي الصحيح: لا يستويان؛ لقوله ﷺ: «**حتّى تبلُغَ الثُّلثَ**»[2] وما بعد حتى يخالف ما قبله؛ لأن الثلث في حد الكثرة؛ لقوله ﷺ: «**الثُّلثُ كَثيرٌ**»[3].

ولنا: ما رويناه بعمومه، وما ذكر ربيعة، فإن تأثير القطع في إيجاب الأرش لا في إسقاطه، فهذا شيء يحيله العقل. ولأنهما شخصان مختلفان في دية النفس، فكذا فيما دون النفس، كالمسلم والكافر.

وأما الحديث فشاذ نادر فيما تعم به البلوى، فلا يمكن إثبات الحكم الذي يحيله العقل به.

وقول سعيد: "من السنة" سنة زيد، فإن كبار الصحابة أفتى بخلافه. كذا في المبسوط[4].

وقال ابن قدامة في المغني: إثبات مذهبه والإجماع ممنوع؛ لما ذكر من قول علي، وعمل كبار الصحابة.

قوله: (اعتبارًا بها)؛ أي: بالنفس **(وبالثلث وما فوقه)**.

وفي النهاية: والصواب أن يقال: اعتبارًا بها وبما فوق الثلاثة، بما ذكرنا من أن الثلث يساوي، وما فوق الثلث لا يساوي.

---

(١) كذا بالنسخ الخطية، ولعلها: (الثلث) والله أعلم بالصواب.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٧٩).

قَالَ: (وَدِيَةُ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَدِيَةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ: دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ سِتَّةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَقْلُ الْكَافِرِ نِصْفُ عَقْلِ الْمُسْلِمِ» وَالْكُلُّ عِنْدَهُ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا، وَلِلشَّافِعِيِّ مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ....

قوله: (ودية المسلم [والذمي][1] سواء): وبه قال علقمة، ومجاهد، والشعبي، والنخعي، والثوري. روي ذلك عن عمر، وعثمان، وابن مسعود، ومعاوية.

وقال ابن عبد البر: هو قول ابن المسيب، [٢/ ٤٨٣/أ] والزهري.

وقال الشافعي: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم. وبه قال أحمد، وهو قول ابن المسيب، وعطاء، والحسن، وعكرمة، وعمرو بن دينار، وإسحاق، وأبو ثور، وروي عن عمر، وعثمان أيضًا.

وقال مالك: دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم. وبه قال عمر بن عبد العزيز، وعروة، وعمرو بن شعيب.

وعن أحمد: كنت أقول ديتهما ثلث دية المسلم، إلا أني رجعت عن هذا، وأنا أذهب اليوم إلى نصف دية المسلم.

أما دية المجوسي: ثمانمائة درهم باتفاقهم.

لمالك: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**دِيةُ المُعاهِدِ نصفُ ديةِ المُسلم**»[2] وفي لفظ: أنه عليه الصلاة والسلام «**قضَى أنّ عقلَ أهلِ الكتابِ نصفُ عقلِ المُسلمين**»[3].

قوله: (وللشافعي: ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال:

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٧/ ٣٠٩ برقم ٧٥٨٢) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.
قال الهيثمي: فيه جماعة لم أعرفهم. مجمع الزوائد (٦/ ٢٩٩).

(٣) سبق تخريجه.

جَعَلَ دِيَةَ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَدِيَةَ المَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ». وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «دِيَةُ كُلِّ ذِي عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ أَلْفُ دِينَارٍ» وَكَذَلِكَ قَضَى أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ ﵄، وَمَا رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ ﵀ لَمْ يُعْرَفْ رَاوِيهِ، وَلَمْ يُذْكَرْ فِي كُتُبِ الحَدِيثِ، ....

جعل اليهوديِّ وَالنّصرانِيِّ أربعةُ آلافِ درهم وديةُ المَجوسيِّ ثمانِمائةِ درهم)[1]: وهكذا روي عن عمر أنه جعل دية أهل الكتاب أربعة آلاف، ودية المجوسي ثمانِمائة درهم.

ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة، وبالأنوثة تنتصف بالإجماع، فينبغي أن يكون بالكفر أنقص منه، فيكون ثلث دية المسلم.

ولأن الدية تنتقص باعتبار الرق، وهو أثر من آثار الكفر، فبالكفر أولى.

ولأن عقد الذمة أدون من الإسلام، فينبغي ألا يؤثر في حقن الدم مثل الإسلام.

(**ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام**): روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أنه عليه الصلاة السلام [قال:][2] «**ديةُ اليهوديِّ والنصرانيِّ مثلُ ديةِ المُسلمِ**»، وفي رواية: «**ديةُ كلِّ ذي عهدٍ في عهدِهِ ألفُ دينارٍ**»[3] وكذا قضى أبو بكر، وعمر، وعثمان. رواه أبو هريرة. قاله ابن عبد البر أيضًا، وهو مذهبه.

ولأنه تعالى قال: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢]، والمراد به: ما هو المراد في قتل المؤمن، ودية مسلمة إلى أهله. كذا في الأسرار، والمبسوط[4].

ولأنه حر معصوم، قال علي: "إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا" الحديث، وما يروى بخلاف هذا من الصحابة، فيكون معصومًا، فتكمل ديته كالمسلم.

قوله: (لم يذكر في كتب الحديث).

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٥).

وَمَا رَوَيْنَاهُ أَشْهَرُ مِمَّا رَوَاهُ مَالِكٌ، فَإِنَّهُ ظَهَرَ بِهِ عَمَلُ الصَّحَابَةِ ﷺ.

قال ابن قدامة في المغني: وأما حديث عبادة فلم يذكره أصحاب السنن، والظاهر أنه ليس بصحيح[١].

قوله: (فإنه ظهر به)؛ أي: بما روينا (عمل الصحابة) كما ذكر الزهري "قضى به أبو بكر وعمر وعثمان، وكذا كان في عهد رسول الله ﷺ، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف".

وعن علي مثل ذلك، فقال: "إنما بذلوا الجزية..." إلى آخره.

وعن ابن مسعود: "دية الذمي مثل دية المسلم".

وقال ابن قدامة في المغني جوابًا عن حديث الشافعي: إن قيمة الدية كانت في عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار، [وثمانمائة درهم][٢]، فلذا جعلها أربعة آلاف؛ لأنها بعض النصف، فكان موافقًا لما روينا؛ وهو أن ديته نصف دية المسلم، وفيه جمع بين الأحاديث، وقول النبي ﷺ مقدم على قول عمر وغيره بغير إشكال، مع أنه روي عنه خلاف ذلك[٣]. هذا كلامه.

قلنا: الجمع بين الأحاديث فيما ذكرنا، وفيه عمل بالاحتياط، وما قال: إن حديث عمرو [بن][٤] شعيب كما روينا أخرجه الأئمة في كتبهم لا تضرنا؛ لأن الزهري ثقة، وقد نقله عن النبي ﷺ كما ذكرنا، فتكون الأحاديث والآثار متعارضا، فيكون الاحتياط فيما قلنا، مع أن ما رويناه عن حديث عمرو بن شعيب أخرجه أبو داود في مراسيله، وسند رجاله ثقات عن ابن المسيب، ومراسيله مقبول بالإجماع، ويؤيده مرسلين صحيحين، وعمل الصحابة، ورواه الطحاوي وبسنده، وقال: لا يعلم، يروى عن النبي ﷺ في دية المجوسي غير هذا الحديث الذي لا يكتبه أهل الحديث؛ لأجل ابن مطعم من رواية عبد الله بن صالح.

---

(١) المغني لابن قدامة (٨/ ٣٩٩).
(٢) كذا بالنسخ الخطية، وفي المغني: (أو ثمانية آلاف درهم).
(٣) المغني لابن قدامة (٨/ ٣٩٩).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَصْلٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ

قَالَ: (وَفِي النَّفْسِ الدِّيَةُ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ. قَالَ: (وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ، وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ) وَالأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ المُسَيِّبِ ﵁ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «فِي النَّفْسِ الدِّيَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الدِّيَةُ، وَفِي المَارِنِ الدِّيَةُ»

والعجب من الشافعي، أنه لا يعمل بأثر الصحابي، فيحتج بقضاء عمر، مع أن ما روى ابن المسيب [عن عمر منقطع؛ لأن ابن المسيب][1] لم يسمع من عمر، [مع][2] أن ما روينا مثبت، وما رواه ناف، والمثبت مقدم على النافي.

وأما قوله: (نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة) فمسلم، إلا أن نقصان الدية فيها باعتبار الرق فغير مسلم، بل باعتبار نقصان المالكية أيضًا، ولا [٢/ ٤٨٣/ ب] تأثير للكفر في نقصان المالكية.

وأما اعتبارهم نقصان الدية عن الإسلام فساقط؛ لأن الإحراز والتقويم بالدار عندنا، وهما في ذلك سواء. إليه أشار في المبسوط، والأسرار.

وديات نساء أهل الكتاب من ديات رجالهم بإجماع أهل العلم، وكذا جراحاتهم كالمسلمين.

فَصْلٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ

لما ذكر حكم الكل؛ شرع في حكم الجزء.

قوله: (في النفس الدية)؛ أي: قتلها سبب لوجوب الدية، كما يقال في النكاح حل، وفي الشراء مَلَك. كذا في المبسوط[3].

وإنما بدأ بالنفس؛ تبركًا بلفظ النبي ﷺ.

(**وقد ذكرناه**)؛ أي: في أول الجنايات، **لقوله**: (والدية مغلظة على العاقل).

(**المارن**): قصبة الأنف.

الحاصل: أن ما في الإنسان من الأعضاء، إن كان واحدًا؛ ففيه الدية كاملة، وإن كان اثنين؛ ففيهما الدية، وفي أحدهما نصف الدية، وإن كان

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٦٨).

وَهَكَذَا هُوَ فِي الكِتَابِ الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ رضي الله عنه. وَالأَصْلُ فِي الأَطْرَافِ: أَنَّهُ إِذَا فَوَّتَ جِنْسَ مَنْفَعَةٍ عَلَى الكَمَالِ، أَوْ أَزَالَ جَمَالًا مَقْصُودًا فِي الآدَمِيِّ عَلَى الكَمَالِ، يَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ لِإِتْلَافِهِ النَّفْسَ مِن وَجْهٍ، وَهُوَ مُلْحَقٌ بِالإِتْلَافِ مِن كُلِّ وَجْهٍ تَعْظِيمًا لِلْآدَمِيِّ، أَصْلُهُ: قَضَاءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالدِّيَةِ كُلِّهَا فِي اللِّسَانِ وَالأَنْفِ، وَعَلَى هَذَا تَنْسَحِبُ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ، فَنَقُولُ: فِي الأَنْفِ الدِّيَةُ لِأَنَّهُ أَزَالَ الجَمَالَ عَلَى الكَمَالِ وَهُوَ مَقْصُودٌ، ....

أربعة؛ ففيها الدية، وفي أحدهما ربع الدية، وإن كان عشرة؛ ففيها الدية، وفي أحدها ربع الدية، فما فوت جنس المنفعة ففيه الدية؛ لأن بفواته يفوت الآدمي من وجه. ذكره في المبسوط[1]، ولا يعلم فيه خلاف.

وقد روى الزهري عن محمد بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، أن رسول الله ﷺ كتب، وكان في كتابه: «**في الأنفِ إذا وَعبَتْ جدْعًا أو اسْتوعَبَتْ**» وفي رواية: «**وفي الأنفِ إذا أوعَبَتْ مارِنَهُ الدّيةُ، وفي اللّسانِ الديةُ، وفي الشَّفتينِ الدّيةُ، وفي البيضتَينِ الدّيةُ، وفي الذَّكرِ الدّيةُ، وفي الصُّلبِ الديةُ، وفي العينينِ الديةُ، وفي الرِّجلِ الواحدةِ نصفُ الدّيةِ**»[2] رواه النسائي، وغيره.

قال ابن عبد البر: كتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء، وما فيه متفق عليه إلا قليلًا.

قوله: (فوَّتَ جنس المنفعة على الكمال أو أزال جمالًا على الكمال): قيد بالكمال فيهما؛ احترازًا عما ليس بكامل منها، حيث لا تجب كل الدية، وإن كان فيه تفويت عضو مقصود، كقطع لسان أخرس؛ فإنه لا يجب فيه الدية؛ لأنه لم يفوت جنس منفعة، ولا فوت جمالًا على الكمال. ذكره في الذخيرة.

فإن قيل: يشكل على قوله: **(فوَّت جمالًا على الكمال)** بما لو سلخ جلد الوجه؛ فإنه لا يجب كمال الدية، وقد فوت جمالًا على الكمال.

قلنا: ذكر شيخ الإسلام في شرحه: لا رواية في هذا، وقود مذهبنا وجوب الدية كاملة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/٦٩). (٢) سبق تخريجه.

وَكَذَا إِذَا قَطَعَ المَارِنَ، أَو الأَرْنَبَةَ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَوْ قَطَعَ المَارِنَ مَعَ القَصَبَةِ، لَا يُزَادُ عَلَى دِيَةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّهُ عُضْوٌ وَاحِدٌ، ....

فإن قيل: يشكل بما لو قلع الأظفار؛ حيث لا تجب الدية، وقد فوت الجمال على الكمال.

قلنا: لا رواية في هذا، وقد اختلف المشايخ فيه، قلنا منعه، ولا يلزم حلق شعر الصدر؛ لأنا نعني جمالًا ظاهرًا.

وفي لسان الأخرس إذا لم يذهب بقطعه ذوقه؛ حكومة عدل عند جميع أهل العلم.

وعن النخعي: يجب فيه كمال الدية؛ لظاهر الحديث.

وقلنا: المقصود منه الكلام، ولا كلام فيه، فصار كاليد الشلاء، وآلة الخصي، والعنين، والرِّجلِ العرجاء، والعين القائمة العوراء، والسن السوداء.

قوله: (**أو الأرنبة**)؛ وهي طرف الأنف (**لما ذكرنا**)؛ وهو **قوله**: (**وقد فوت الجمال على الكمال**)[١] وكذا المنفعة؛ لأن المارن لإشمام الروائح في الأنف، لتعلو منها إلى الدماغ، وذلك يفوت بقطع المارن. كذا في المبسوط[٢].

وفي شرح الأقطع: الدليل على أن ذهاب الجمال يوجب الدية: ذكر المبرد في كتاب الكامل: أنه عليه الصلاة السلام قال: «**وفِي الصَّعْرِ الدِّيةُ**»[٣] قال: وهو اعوجاج الوجه، ومعلوم أن في اعوجاج الوجه ليس شيء غير تفويت الجمال.

(**ولو قطع المارن مع القصبة**): قصبة الأنف: عظمهُ، وهي واحدة القصب من العظام (**لا يزاد على دية واحدة**) وبه قال مالك، وأحمد.

وقال الشافعي: في المارن الدية، وفي القصبة حكومة عدل؛ لأن المارن وجه موجب للدية، فوجبت الحكومة في الزائد، كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه.

---

(١) انظر المتن ص ٤٩٩.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٦٨).
(٣) أخرجه ابن أبي شَيبَة (٥/ ٣٦٠ برقم ٢٦٩٠٧) موقوفًا على زيد ﷺ.

وَكَذَا اللِّسَانُ لِفَوَاتِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَهُوَ النُّطْقُ، وَكَذَا فِي قَطْعِ بَعْضِهِ إِذَا مَنَعَ الكَلَامَ، لِتَفْوِيتِ مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ وَإِنْ كَانَتْ الآلَةُ قَائِمَةً، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى التَّكَلُّمِ بِبَعْضِ الحُرُوفِ، قِيلَ: تُقْسَمُ عَلَى عَدَدِ الحُرُوفِ، وَقِيلَ: عَلَى عَدَدِ حُرُوفٍ تَتَعَلَّقُ بِاللِّسَانِ؛

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «**وفِي الأنفِ إذا أوعَبَ جَدْعًا الدِّيةُ**»(١)، ولأنه عضو واحد، فلم تجب فيه أكثر من دية.

ولو قطع أنفه فذهب شمه؛ فعليه ديتان؛ لأن الشم في غير الأنف، فلا تدخل دية أحدهما في الآخر، كالسمع مع الأذن، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (**وكذا اللسان**)؛ يعني: فيه الدية بلا خلاف لأحد؛ لما ذكر في كتاب عمرو بن حزم.

(**ولفوات منفعة مقصودة وهو النطق**) وفيه جمال أيضًا، قال ﷺ: «**المَرءُ بأصْغَرَيهِ قَلبُهُ وَلسانُهُ**»، [٢/٤٨٤/أ] ويقال: ما الإنسان لولا اللسان، إلا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة.

ولأنه لا يقدر على إقامة مصالحه إلا بإفهام أغراضه، وذا باللسان؛ إذ الآدمي مختار من بين سائر الحيوانات بالبيان، قال تعالى: ﴿خَلَقَ ٱلۡإِنسَٰنَ ۝٣ عَلَّمَهُ ٱلۡبَيَانَ ۝٤﴾ [الرحمن: ٣-٤].

(**وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام**)؛ لأن الدية تجب بتفويت المنفعة لا بتفويت صورة الآلة، وقد حصل بقطع البعض، فتجب الدية كاملة.

قوله: (**تقسم على عدد الحروف**)؛ أي: الحروف الثمانية والعشرين من حروف المعجم، وهو قول الأئمة الثلاثة.

(**وقيل: حروف تتعلق باللسان**) وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ووجه عن أحمد، وما لم يتعلق باللسان الشفوية، وهي أربعة: الباء، والميم، والفاء، والواو. والحلقية، وهي ستة: الهمزة، والهاء، والحاء، والخاء، والعين، والغين، فهذه عشرة، بقي ثمانية عشر، فبعد ذلك يقسم على عدد الحروف.

والأصل فيه: ما نقل أن رجلًا قطع طرف لسان رجل في زمن علي، فأمره

---

(١) سبق تخريجه.

فَبِقَدْرِ مَا لَا يَقْدِرُ تَجِبُ، وَقِيلَ: إِنْ قَدَرَ عَلَى أَدَاءِ أَكْثَرِهَا تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ لِحُصُولِ الإِفْهَامِ مَعَ الِاخْتِلَالِ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ الأَكْثَرِ: يَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا تَحْصُلُ مَنْفَعَةُ الكَلَامِ، وَكَذَا الذَّكَرُ، لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِهِ مَنْفَعَةَ الوَطْءِ، وَالإِيلَادِ، وَاسْتِمْسَاكِ البَوْلِ، وَالرَّمْيِ بِهِ، وَدَفْقِ المَاءِ وَالإِيلَاجِ الَّذِي هُوَ طَرِيقُ الإِعْلَاقِ عَادَةً، وَكَذَا فِي الحَشَفَةِ الدِّيَةُ كَامِلَةً، لِأَنَّ الحَشَفَةَ أَصْلٌ فِي مَنْفَعَةِ الإِيلَاجِ وَالدَّفْقِ، وَالقَصَبَةُ كَالتَّابِعِ لَهُ.

قَالَ: (وَفِي العَقْلِ إِذَا ذَهَبَ بِالضَّرْبِ الدِّيَةُ) لِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ الإِدْرَاكِ، إِذْ بِهِ يَنْتَفِعُ بِنَفْسِهِ فِي مَعَاشِهِ وَمَعَادِهِ (وَكَذَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُهُ، أَوْ بَصَرُهُ، أَوْ شَمُّهُ، أَوْ ذَوْقُهُ) لِأَنَّ

أن يقرأ أ ب ت ث، فكل ما قرأ حرفًا أسقط من الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك. كذا في جامع التمرتاشي، والذخيرة.

ولو ذهب بجنايته على الحلق والشفة، بعض الحلقية والشفوية؛ ينبغي أن يجب بقدره من الثمانية والعشرين. ولو بدل حرفًا مكان حرف، فقال لدرهم: دُلُّهُمْ؛ فعليه ضمان الحرف؛ لتلفه، وما يبدّله لا يقوم مقامه.

قوله: (وكذا الذكر)؛ أي: تجب فيه الدية، ولا خلاف فيه للعلماء؛ لحديث عمرو بن شعيب.

(هو طريق الإعلاق عادة): قيد بالعادة؛ إذ قد يحصل الإعلاق بالسحق أيضًا، إلا أنه خلاف العادة، فإن البكر لو حملت بالسحق يتعسر عليه الولادة، فعلم أن بقطعه يفوت الإيلاد.

قوله: (إذا ذهب بالضرب) بأن ضربه على رأسه فذهب عقله.

(في معاشه)؛ أي: في دنياه **(ومعاده)**؛ أي: آخرته؛ إذ العقل من أعظم ما يختص به الآدمي، فبه يدرك الأشياء ويمتاز من البهائم، فكان فيه منفعة مقصودة، وكذا في غيره.

ويعرف فوات هذه المعاني بتصديق الجاني، أو نكوله إذا استحلف، ويعرف فوات البصر بقول العدلين من الأطباء. كذا في المبسوط[(١)].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٦٩).

كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه قَضَى بِأَرْبَعِ دِيَاتٍ فِي ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ، ذَهَبَ بِهَا العَقْلُ وَالكَلَامُ وَالسَّمْعُ وَالبَصَرُ.

قَالَ: (وَفِي اللِّحْيَةِ إِذَا حُلِقَتْ فَلَمْ تَنْبُتُ الدِّيَةُ) لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِهِ مَنْفَعَةَ الجَمَالِ.

قَالَ: (وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ الدِّيَةُ) لِمَا قُلْنَا.

وَقَالَ مَالِكٌ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ: تَجِبُ فِيهِمَا حُكُومَةُ عَدْلٍ، لِأَنَّ ذَلِكَ زِيَادَةٌ فِي الآدَمِيِّ، وَلِهَذَا يُحْلَقُ شَعْرُ الرَّأْسِ كُلُّهُ، وَاللِّحْيَةُ بَعْضُهَا فِي بَعْضِ البِلَادِ. وَصَارَ

وفي الذخيرة: طريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل فينادى، فإن أجاب لذلك؛ علم أن سمعه لم يذهب.

وحكى الناطفي عن القاضي أبي حازم، والقدوري عن إسماعيل بن حماد: فإن رجلًا ضرب على رأس امرأته، فزعمت أن سمعها ذهب، فاشتغل إسماعيل بالقضاء، ثم التفت إليها وهي غافلة، فقال: استر عورتك، فجعلت تجمع ثيابها، فعلم أنها سامعة.

وقال أبو يوسف في المنتقى: لا يعرف ذهاب السمع، والقول فيه للجاني.

أما طريق معرفة ذهاب البصر؛ قال محمد بن مقاتل الرازي: يستقبل الشمس مفتوحة العين، فإن دمعت عينه؛ علم أن الضوء باق، وإن لم تدمع؛ علم أن الضوء ذاهب.

وذكر الطحاوي: أنه يلقى بين يديه حية، فإن هرب من الحية؛ علم أنه لم يذهب بصره.

وقال محمد في الأصل: إن لم يعلم بما ذكرنا؛ يعتبر فيه الدعوى والإنكار، والقول للجاني مع يمينه على البتات؛ لأن هذا يمين على فعل نفسه، وهو إذهاب بصر غيره.

وفي شرح الكافي: يدخل أرشُ الأمَةِ في الدية؛ لأن هذه جناية واحدة في موضع واحد، فإذا وجب في العقل الدية؛ لم يجب فيها شيء آخر.

قوله: (لما قلنا)؛ وهو أنه تفوت به منفعة الجمال. وبقولنا: قال أحمد، والثوري، سواء كان شعر رجل أو امرأة، أو كبير أو صغير، ويؤجل سنة، فإن

كَشَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ، وَلِهَذَا يَجِبُ فِي شَعْرِ العَبْدِ نُقْصَانُ القِيمَةِ، وَلَنَا: أَنَّ اللِّحْيَةَ فِي وَقْتِهَا جَمَالٌ وَفِي حَلْقِهَا تَفْوِيتُهُ عَلَى الكَمَالِ، فَتَجِبُ الدِّيَةُ كَمَا فِي الأُذُنَيْنِ الشَّاخِصَتَيْنِ، وَكَذَا شَعْرُ الرَّأْسِ جَمَالٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ عَدِمَهُ خِلْقَةً يَتَكَلَّفُ فِي سَتْرِهِ، بِخِلَافِ شَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ جَمَالٌ، وَأَمَّا لِحْيَةُ العَبْدِ، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَجِبُ فِيهَا كَمَالُ القِيمَةِ، وَالتَّخْرِيجُ عَلَى الظَّاهِرِ: أَنَّ المَقْصُودَ بِالعَبْدِ

نبت؛ لم تجب الدية، وإن مات قبل مضي السنة؛ لا شيء فيه. وقالا: يجب حكومة عدل. ذكره التمرتاشي.

قوله: (وفي حلقها)؛ أي: في حلق شعر اللحية (تفويته)؛ أي: تفويت الجمال.

والأصل فيه: قوله عليه الصلاة والسلام: «**إنَّ لِلَّهِ تعالَى ملائكةً، تسبيحُهم: سُبحانَ من زيَّنَ الرِّجالَ باللِّحَى، والنِّساءَ بِالقُرونِ**» وفي رواية: «**بالذَّوائِبِ**»[(١)].

ولأن بنبات اللحية يخرج عن حد الشهوة، ويأمن على نفسه في الأسفار، ويعظم في المحافل، ويهاب في الحروب، فدل أن فيها جمالًا، ومنفعة الجمال عند العقلاء يزيد على كل المنافع؛ لأن منفعة الجاه أعظم من الكل، مع أن الحاجب يرد العرق من العين ويفرقه، وهدب العين يرد عنها ويصونها، فجرى مجرى أجفانها، بخلاف شعر الصدر والساق؛ فإنه [٢/ ٤٨٤/ب] لا جمال فيهما ولا منفعة.

قوله: (وفي الأذنين الشاخصتين)؛ أي: المرتفعتين، من شخص - بالفتح - ارتفع، فإن فيه تفويت منفعة الجمال، مع بقاء السماع، وتجب الدية كاملة، فكذا في اللحية.

قوله: (وعن أبي حنيفة): روى الحسن عن أبي حنيفة **(أنه يجب كمال القيمة)**؛ لفوات الجمال، كما في الحر.

(والتخريج على الظاهر)؛ أي: على ظاهر الرواية.

---

(١) ذكره الهمذاني في الفردوس بمأثور الخطاب (٤/ ١٥٧ برقم ٦٤٨٨) من حديث عائشة رضي الله عنها. قال الفَتَّني: فِيهِ ابْنُ دَاوُدَ؛ وهو لَيْسَ بِثِقَةٍ. تذكرة الموضوعات (ص ١٦٠).

الْمَنْفَعَةُ بِالِاسْتِعْمَالِ دُونَ الجَمَالِ بِخِلَافِ الحُرِّ.

قَالَ: (وَفِي الشَّارِبِ حُكُومَةُ عَدْلٍ، هُوَ الأَصَحُّ) لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلِّحْيَةِ فَصَارَ كَبَعْضِ أَطْرَافِهَا.

(وَلِحْيَةُ الكَوْسَجِ: إِنْ كَانَ عَلَى ذَقَنِهِ شَعَرَاتٌ مَعْدُودَةٌ، فَلَا شَيْءَ فِي حَلْقِهِ) لِأَنَّ وُجُودَهُ يَشِينُهُ وَلَا يُزَيِّنُهُ (وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ، وَكَانَ عَلَى الخَدِّ وَالذَّقَنِ جَمِيعًا، لَكِنَّهُ غَيْرُ مُتَّصِلٍ، فَفِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) لِأَنَّ فِيهِ بَعْضَ الجَمَالِ (وَإِنْ كَانَ مُتَّصِلًا، فَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكَوْسَجٍ، وَفِيهِ مَعْنَى الجَمَالِ، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا فَسَدَ المَنْبَتُ، فَإِنْ نَبَتَتْ حَتَّى اسْتَوَى كَمَا كَانَ، لَا يَجِبُ شَيْءٌ، لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ أَثَرُ الجِنَايَةِ، وَيُؤَدَّبُ عَلَى ارْتِكَابِهِ مَا لَا يَحِلُّ، وَإِنْ نَبَتَتْ بَيْضَاءَ فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ فِي الحُرِّ، لِأَنَّهُ يَزِيدُ جَمَالًا، وَفِي العَبْدِ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ، لِأَنَّهُ يَنْقُصُ قِيمَتُهُ، وَعِنْدَهُمَا: تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ، لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ يَشِينُهُ وَلَا يُزَيِّنُهُ، وَيَسْتَوِي العَمْدُ وَالخَطَأُ عَلَى هَذَا الجُمْهُورِ.

وبقوله: (وهو الأصح)؛ يحترز عما قال بعض مشايخنا: يجب فيه كمال الدية؛ لأنه عضو على حدة.

قوله: (ففيه حكومة عدل) وعند أحمد: لا تفاوت بين كثيفها وخفيفها في وجوب الدية، كما في سائر الأعضاء لا يفترق الحال.

وقلنا: فيه تفويت بعض الجمال.

ولو حلق نصف لحيته أو رأسه؛ يجب نصف الدية، وبه قال أحمد.

وقال بعض أصحابنا: يجب كمال الدية؛ لفوات الجمال بحلق البعض.

قوله: (ويستوي فيه الخطأ والعمد في هذا)؛ أي: في شعر الرأس واللحية، وكذا في شعر الحاجب عند الجمهور.

وقال بعض الناس - وهم أصحاب الظاهر -: يجب في شعر الحاجب واللحية في العمد القصاص؛ لإمكان المساواة.

وقلنا: القصاص عقوبة، فلا تثبت قياسًا، بل تثبت بالنص، وما ورد نص في الشعور، ولا يجوز الاستدلال بالنصوص الواردة في الجراحات، قال

(وَفِي الحَاجِبَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ) وَعِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: تَجِب حُكُومَةُ عَدْلٍ، وَقَدْ مَرَّ الكَلَامُ فِيهِ فِي اللِّحْيَةِ.

قَالَ: (وَفِي العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي اليَدَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ) كَذَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيِّبِ ﷺ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، قَالَ: (وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِن هَذِهِ الأَشْيَاءِ نِصْفُ الدِّيَةِ) وَفِيمَا كَتَبَهُ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ: «وَفِي العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ» وَلِأَنَّ فِي تَفْوِيتِ الِاثْنَيْنِ مِن هَذِهِ الأَشْيَاءِ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ، أَوْ كَمَالِ الجَمَالِ، فَيَجِبُ كُلُّ الدِّيَةِ، وَفِي تَفْوِيتِ إِحْدَاهُمَا: تَفْوِيتُ النِّصْفِ، فَيَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ.

قَالَ: (وَفِي ثَدْيَي المَرْأَةِ الدِّيَةُ) لِمَا فِيهِ مِن تَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ (وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ دِيَةِ المَرْأَةِ) لِمَا بَيَّنَّا، بِخِلَافِ ثَدْيَي الرَّجُلِ، حَيْثُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ وَالجَمَالِ.

تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة:٤٥]؛ لأن حلق الشعر ليس في معنى الجراحة؛ إذ لا يحتاج في إزالته بالجرح والضرب، فلا يتوهم فيه السراية، كما في الجراح؛ لأنه لا روح للشعر، ولهذا لا يتألم الإنسان بحلقه، فلم يكن في معنى ما ورد به النص، مع أنه روي أنه عليه الصلاة السلام قال: «**لَا قِصاصَ فِي الشَّعْرِ**».

ثم قيل: صورة الخطأ في حلق الشعر: أن يظنه مباح الدم، ثم تبين أنه غير مباح الدم.

قوله: (في الأذنين الدية): وبه قال أحمد، ومالك في رواية.

وعن مالك في رواية: يجب حكومة عدل؛ لأن الشرع لم يرد فيهما بتقدير، ولا يثبت التقدير بالقياس.

ولنا: كتاب عمرو بن حزم، وعمر وعلي قضيا فيهما بالدية.

وما روي عن أبي بكر أنه قضى في الأذن بخمسة عشر بعيرا غير ثابت. قاله ابن المنذر.

(وَفِي حَلَمَتَيْ الْمَرْأَةِ الدِّيَةُ كَامِلَةً) لِفَوَاتِ جِنْسِ مَنْفَعَةِ الإِرْضَاعِ وَإِمْسَاكِ اللَّبَنِ (وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُهَا) لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَفِي أَشْفَارِ العَيْنَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي إِحْدَاهَا رُبُعُ الدِّيَةِ) ....

قوله: (وفي حلمتي المرأة الدية): وبه قال الشافعي، وأحمد.

وقال الثوري، ومالك: إن ذهب اللبن وجبت الدية، وإلا تجب حكومة عدل.

والحلمة: رأس الثدي.

وقال أحمد، وإسحاق، والشافعي في قول: في ثديي الرجل الدية.

وقال الشافعي في ظاهر مذهبه، ومالك، وابن المنذر: تجب الحكومة، كقولنا.

وجه قول أحمد: أن ما وجب فيه الدية من عضو يستوي فيه المرأة والرجل، كسائر الأعضاء. ولأنهما عضوان في البدن منهما الجمال، فتجب الدية بذهابهما، كالأذنين الشاخصتين.

ولنا: ما ذكر في المتن. وعن زيد بن ثابت: فيه ثمن الدية.

وقال الزهري: عشر من الإبل.

قوله: (وفي أشفار العينين الدية وفي إحداها ربع الدية): الأشفار: جمع الشفر؛ وهو منبت الأهداب، وهو الأجفان، فيكون في الأجفان الدية، وفي أحدها ربع الدية عند أكثر أهل العلم.

وحكي عن مالك: في جفن العين وحجابها الاجتهاد؛ لأنه لم يعلم تقديره عن النبي ﷺ، والتقدير لا يثبت قياسًا.

وقلنا: إنها أعضاء، وفيها جمال ظاهر، ونفع كامل؛ فإنها تحفظ العين وتقيها الحر والبرد، وتكون كالغلق عليها، يطبقه إذا شاء ويفتحه إذا شاء، ولولاها لقبح منظره، فوجبت فيها الدية كاليدين، والتقدير فيها يثبت بالاستدلال لا بالقياس.

وعن الشعبي: يجب في الأعلى ثلثا دية العين، وفي الأسفل ثلثها؛ لأن الأعلى أكثر نفعًا.

قَالَ ﷺ: يُحْتَمَلُ أَنَّ مُرَادَهُ الأَهْدَابُ مَجَازًا، كَمَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي «الأَصْلِ» لِلْمُجَاوِرَةِ كَالرَّاوِيَةِ لِلْقِرْبَةِ، وَهِيَ حَقِيقَةٌ فِي البَعِيرِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ الجَمَالَ عَلَى الكَمَالِ وَجِنْسَ المَنْفَعَةِ، وَهِيَ مَنْفَعَةُ دَفْعِ الأَذَى وَالقَذَى عَنِ العَيْنِ، إِذْ هُوَ يَنْدَفِعُ بِالهُدْبِ، وَإِذَا كَانَ الوَاجِبُ فِي الكُلِّ كُلَّ الدِّيَةِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ، كَانَ فِي أَحَدِهَا رُبْعُ الدِّيَةِ، وَفِي ثَلَاثَةٍ مِنْهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مَنْبَتَ الشَّعْرِ، وَالحُكْمُ فِيهِ هَكَذَا.

وقلنا: كل ذي عدد تجب الدية في جميعه، ففي الواحد بحصته، كاليدين والأصابع، وما ذكره يبطل باليمنى مع اليسرى.

ولو قلع العين بأجفانها تجب ديتان؛ لأنهما جنسان، كاليدين والرجلين.

قوله: (يُحْتمل أن مراده)؛ أي: مراد القدوري **(الأهداب)** من الأشفار **(مجازًا)** والأهداب: جمع الهدب؛ وهو الشعر الذي على الأجفان. وهذا الذي ذكره في الكتاب مع البسيط مأخوذ من مبسوط شيخ الإسلام، حيث قال فيه: جعل محمد الأشفار اسمًا للشعر الذي ينبت على حروف العين، وقد خطأه أهل اللغة في هذا، فقالوا: الأشفار منابت الشعور، والشعور تسمى أهدابًا، قالوا: وكأنه أخذ من شفير الوادي، وهو حافته.

وسميت منابت الشعور أشفارًا؛ لأنها حدود الأجفان، وإليه ذهب العيني في كلامه، ولكن مشايخنا بأن الأمر كما قالوا: بأن الأشفار اسم لمنابت الشعور، إلا أنه كنى بالأشفار [٢/ ٤٨٥/ أ] عن الأهداب؛ لمجاورة بينهما، كما سمى العرب القربة راوية، وهو اسم للبعير الذي يستقى عليه الماء؛ لمجاورة واتصال بينهما.

(ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر، والحكم فيه هكذا).

في المبسوط: يجب في كلِّ شعرٍ ربع الدية، ويستوي فيه أن ينتف الأهداب، وأفسد المنبت، أو قطع الجفون كلها بالأشفار؛ لأن تفويت الجمال يتم بذلك، وكذلك تفويت المنفعة؛ لأنه بالأهداب والجفون نفي الأذى عن العينين، وتفويت ذلك ينقص من البصر، وآخره العمى، فيجب فيها كمال الدية

(وَلَوْ قَطَعَ الجُفُونَ بِأَهْدَابِهَا، فَفِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّ الكُلَّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ، وَصَارَ كَالمَارِنِ مَعَ القَصَبَةِ.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِن أَصَابِعِ اليَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ، عُشْرُ الدِّيَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرٌ مِن الإِبِلِ» وَلِأَنَّ فِي قَطْعِ الكُلِّ تَفْوِيتَ جِنْسِ المَنْفَعَةِ، وَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَهِيَ عَشْرٌ، فَتَنْقَسِمُ الدِّيَةُ عَلَيْهَا. قَالَ: (وَالأَصَابِعُ كُلُّهَا سَوَاءٌ) لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ، ....

كما في الأجفان[1]. وبه قال أحمد.

وقال الشافعي: في الأهداب مفردها تجب حكومة عدل؛ لأنها شعر وزيادة في الآدمي، كما في شعر الرأس واللحية. وبه قال مالك.

ولنا: ما قلنا أنه يفوت الجمال، وفيها منفعة دفع الأذى عن العينين، إلى آخره.

قوله: (**دية واحدة**) إلى آخره؛ أي: لا يجب في الأشفار دية أخرى؛ لأنها تابعة للجفون؛ لما أن قوامها بالجفون، فصار كدية النفس مع الأطراف، فمتى وجبت دية النفس لا تجب دية الأطراف. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (**والأصابع كلها سواء**): ولا يعلم فيه خلاف، إلا رواية عن عمر: أنه قضى في الإبهام بثلاث عشرة إبل، وفي التي تليها باثني عشر، وفي الوسطى بعشر، وفي التي تليها بتسع، وفي الخنصر بست.

وروي عن عمر كقول العامة؛ لإطلاق الحديث، وهو ما روي عن ابن عباس أنه ﷺ قال: «**لِكُلِّ إصبعٍ عَشرٌ**»[2] رواه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وهكذا في كتاب عمرو بن حزم.

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**هَذِهِ وهَذِهِ سواءٌ**»[3] يعني: الإبهام والخنصر. أخرجه البخاري، وأبو داود.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٧٠).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (٩/ ٨ برقم ٦٨٩٥) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

وَلِأَنَّهَا سَوَاءٌ فِي أَصْلِ المَنْفَعَةِ، فَلَا تُعْتَبَرُ الزِّيَادَةُ فِيهِ كَالْيَمِينِ مَعَ الشِّمَالِ، وَكَذَا أَصَابِعُ الرِّجْلَيْنِ، لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ بِقَطْعِ كُلِّهَا مَنْفَعَةَ المَشْيِ، فَتَجِبُ الدِّيَةُ كَامِلَةً، ثُمَّ فِيهِمَا عَشْرُ أَصَابِعَ فَتَنْقَسِمُ الدِّيَةُ عَلَيْهَا أَعْشَارًا.

قَالَ: (وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ فِيهَا ثَلَاثَةُ مَفَاصِلَ؛ فَفِي أَحَدِهَا ثُلُثُ دِيَةِ الأُصْبُعِ، وَمَا فِيهَا مِفْصَلَانِ فَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ دِيَةِ الأُصْبُعِ) وَهُوَ نَظِيرُ انْقِسَامِ دِيَةِ اليَدِ عَلَى الأَصَابِعِ. قَالَ: (وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَبِي مُوسَى الأَشْعَرِيِّ ﷺ: «وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ» وَالأَسْنَانُ وَالأَضْرَاسُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِمَا رُوِيَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ:

(**ولأنها**)؛ أي: الأصابع (**سواء في أصل المنفعة**)؛ وهو البطش (**فلا تعتبر الزيادة**) ولا تشكل فصل الكفارة، حيث يفصل الإبهام على سائرها، فلا يجوز مقطوع إبهام اليدين أو الرجلين من الكفارة؛ لأن بفواتهما في فصل الكفارة يفوت جنس منفعة البطش، وهاهنا يعتبر أصل منفعة البطش، وقد مر في الكفارة.

قوله: (**ففي أحدهما**)؛ أي: أحد المفصلين (**نصف الدية**) ولا يعلم فيه خلاف، إلا ما حكي عن مالك أنه قال: الإبهام أيضًا ثلاثة مفاصل، أحدها باطنة. وليس بصحيح؛ لأن الاعتبار يقتضي وجوب العشر في الظاهر، لا ما بطن منها، وأصابع اليدين والرجلين سواء بلا خلاف.

قوله: (**والأسنان والأضراس**): وكان من حقه أن يقال: والأضراس والثنايا سواء، بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط.

أو يقال: الأسنان كلها سواء، كما جاء في الحديث؛ لأن السن اسم جنس، والأضراس اسم لغير الثنايا.

ولا خلاف لأهل العلم في أن دية السن خمس من الإبل، كما ذكر في الحديث في المتن.

وروى أبو داود أنه عليه الصلاة السلام قال: «**فِي الأسنانِ خَمسٌ خَمسٌ**»[1].

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٨٩) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

وَالأَسْنَانُ كُلُّهَا سَوَاءٌ، وَلِأَنَّ كُلَّهَا فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ سَوَاءٌ، فَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ كَالأَيْدِي وَالأَصَابِعِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ خَطَأً، فَإِنْ كَانَ عَمْدًا فَفِيهِ الْقِصَاصُ، وَقَدْ مَرَّ فِي الْجِنَايَاتِ.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ عُضْوًا فَأَذْهَبَ مَنْفَعَتَهُ: فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، كَالْيَدِ إِذَا شُلَّتْ،

وحكى ابن المسيب عن عمر أنه قال: "في الأضراس بعير بعير".

قال ابن المسيب: "لو كنت أنا لجعلت في الأضراس بعيرين بعيرين"، روى ذلك مالك في الموطأ[1]، وعن عطاء نحوه.

وفي المبسوط: ولسنا نأخذ بذلك للحديث[2].

ولقد روى ابن عباس أنه ﷺ قال: «**الأصابعُ سواءٌ، والأسنانُ سواءٌ، الثَّنِيَّةُ والضِّرسُ سواءٌ، هَذِه وهَذِه**»[3]، ولقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبو داود: «**في الأسنانِ خَمسٌ خَمسٌ**»[4].

ولأن الكل في أصل المنفعة وهو المضغ سواء، وإن كان في بعضها زيادة منفعة، لكن في بعضها زيادة جمال، والجمال كالمنفعة في الآدمي، حتى قيل: لو قلع جميع أسنانه تجب ستة عشر ألفا، وليس في البدن عضو ديته أكثر من دية النفس سوى الأسنان.

وعن الشافعي في وجه: لو قلع زيادة على عشرين سنًّا؛ تجب دية كاملة في العشرين، ولا تجب في الزيادة شيء.

وفي الكوسج تجب أربعة عشر ألفًا؛ لأن أسنانه تكون ثمانية وعشرين.

حُكِيَ أن امرأة قالت لزوجها: يا كوسج، فقال: إن كنت كوسجا فأنت طالق، فسئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك، فقال: تعد أسنانه، إن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج.

قوله: (ومن ضرب عضوًا)؛ أي: خطأ، إلى آخره، ولا يعلم فيه خلاف.

---

(١) موطأ مالك (٢/ ٨٦١).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٧١).

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ١٨٨ برقم ٤٥٥٩)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٥ برقم ٢٦٥٠)، وابن حِبَّان (١٣/ ٣٦٩ برقم ٦٠١٤) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(٤) سبق تخريجه.

وَالعَيْنِ إِذَا ذَهَبَ ضَوْؤُهَا) لِأَنَّ الْمُتَعَلِّقَ تَفْوِيتُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ لَا فَوَاتُ الصُّورَةِ.

(وَمَنْ ضَرَبَ صُلْبَ غَيْرِهِ فَانْقَطَعَ مَاؤُهُ تَجِبُ الدِّيَةُ) لِتَفْوِيتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ (وَكَذَا لَوْ أَحْدَبَهُ) ....

قوله: (لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة)؛ أي: الموضع الذي تعلق به وجوب كل الدية تفويت جنس المنفعة.

فإن قيل: قد ذكرنا من رواية المبسوط والتمرتاشي: أن في قطع [٢/ ٤٨٥/ ب] اليد الشلاء وفَقْء العين العوراء حكومة عدل، وذكر هاهنا أن في إذهاب منفعة اليدين مع إبقاء الصورة كمال الدية، فعلم[١] أن الصورة والمعنى كل واحد معتبر، موجب شيئًا بحياله، فينبغي أن يجب بقطع اليدين الصحيحين الدية مع الحكومة، فالدية لإزالة المنفعة، والحكومة لإزالة الصورة.

قلنا: نعم كذلك، إلا أنه دخل الأقل في الأكثر، كما لو شج فذهب العقل؛ دخل أرش الموضحة في الدية. ولا يقال: في باب الدية، المنفعة المقصودة موجبة الدية، والجمال أيضًا موجب للدية، كما في الأذنين الشاخصتين، وحلق اللحية، والحاجب، ففي قطع اليدين الصحيحين فات الجمال والمنفعة، فينبغي أن تجب ديتين؛ لأنا نقول: الأعضاء التي منها المقصود المنفعة؛ فمعنى الجمال تابع فيها، فباعتباره لا يتكامل الجنايتين في حق الأرش، ولما اجتمعا حصل الجمال تبعًا للمنفعة المقصودة عند الاجتماع معها أولى. إليه أشار في المبسوط.

قوله: (لتفويت جنس المنفعة)؛ وهو منفعة النسل، ولا يعلم فيه خلاف.

(وكذا لو أحدبه): وبه قال مالك، وأحمد، وعطاء، والحسن، والزهري، وزيد بن ثابت.

وقال الشافعي، والقاضي الحنبلي: إن ذهب منيه أو جماعه؛ تجب الدية لذلك المنفعة؛ لأنه عضو لم يذهب منفعته، فلم تجب فيه دية كاملة، كسائر الأعضاء.

ولنا: ما روي في كتاب عمرو بن حزم: «**وفِي الصُّلبِ الدِّيةُ**»[٢].

---

(١) في الأصل: (فلم) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) سبق تخريجه.

لِأَنَّهُ فَوَّتَ جَمَالًا عَلَى الكَمَالِ، وَهُوَ اسْتِوَاءُ القَامَةِ (فَلَوْ زَالَتْ الحُدُوبَةُ، لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِزَوَالِهَا لَا عَنْ أَثَرٍ.

فَصْلٌ فِي الشِّجَاجِ

قَالَ: (الشِّجَاجُ عَشْرَةٌ: الحَارِصَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَحْرِصُ الجِلْدَ، أَيْ تَخْدِشُهُ وَلَا

وعن ابن المسيب: "مضت السُّنَّة أن في الصلب الدية".

(ولأنّه فيه فوت جمالًا على الكمال، وهو استواء القامة): قال تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ فِيٓ أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴿٤﴾﴾ [التين:٤] قالوا: المراد به: انتصاب القامة.

ولو ذهب منيه وجماعه؛ فعند الشافعي في قول، وأحمد في رواية: تجب ديتان؛ لأن كل واحد منفردًا يوجب الدية، فإذا اجتمعا وجبت ديتان، كالسمع والبصر.

وفي رواية عن أحمد: دية واحدة، وهو قولنا؛ لأنهما نفع عضو واحد، فلم تجب أكثر من دية واحدة، كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه.

قوله: (لزوالها)؛ أي: لزوال الحدوبة بلا أثر.

ولو بقي بعض أثر الضربة؛ تجب الحكومة بلا خلاف؛ لأنه بقي بعض الشيء. والله أعلم.

فَصْلٌ فِي الشِّجَاجِ

فصل أحكام الشجاج بفصل على حدة؛ لتكاثر مسائل الشجاج اسمًا وحكمًا.

قوله: (الشجاج عشرة): وجه الانحصار: ظاهر بحسب تعاقب آثارها، كما قيل: إن الشجة لا تخلو إما أن يقطع الجلد أم لا، فإن لم يقطع فلا تكون شجة، ولا كلام فيه، وإن قطعت فلا تخلو إما أن يظهر الدم أم لا، فإن لم يظهر الدم فهي الحارصة، وإن أظهرت، فلا تخلو إما أن يسيل الدم أم لا، فإن لم يسل فهي الدامعة، وإن سالت، فلا يخلو إما أن قطعت بعض اللحم أم لا، فإن لم تقطع فهي الدامية، وإن قطعت، فلا تخلو إما أن يكون ذلك البعض أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أم لا، فإن لم يكن أكثر اللحم فهي الباضعة، وإن

تُخْرِجُ الدَّمَ (وَالدَّامِعَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُظْهِرُ الدَّمَ وَلَا تُسِيلُهُ كَالدَّمْعِ مِن العَيْنِ (وَالدَّامِيَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُسِيلُ الدَّمَ (وَالبَاضِعَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَبْضَعُ الجِلْدَ أَيْ تَقْطَعُهُ (وَالمُتَلَاحِمَةُ)

كان أكثر، فلا يخلو إما أن أظهرت الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أم لا، فإن لم تظهر فهي المتلاحمة، وإن ظهرت فهي السمحاق.

ثم بعد ذلك، انحصرت على إظهار العظم أم لا، فإن انحصرت، فلا تخلو من أن انحصرت على كسر العظم أم لا، فإن انحصرت عليه فهي الهاشمة، وإن لم تنحصر، فلا يخلو إما أن انحصرت على نقل العظم وتحويله، من غير وصول إلى الجلدة التي بين العظم والدماغ أم لا، فإن انحصرت فهي المنقلة، وإلا فهي الآمة، وهي العاشرة.

ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة - بالغين المعجمة؛ وهي التي تخرج الدماغ -؛ لأن النفس لا تبقى بعدها، فكان ذلك قتلًا لا شجة، والكلام في الشجة لا في القتل، فعلم أن حصر الشجاج تعاقب آثارها. هكذا قرر في المبسوط[١].

ثم الخارصة: مأخوذة من خرص القصار الثوب؛ أي: شقه في الدَّقِّ، وهي تقطع الجلد أيضًا.

(والدامعة) - بالعين المهملة -: مأخوذة من الدمع في العين. وسميت بها؛ لأن الدم[٢] فيها بقدر الدمع.

وفي الذخيرة: سميت بها؛ لأن صاحبها يدمع بسبب ما يجد من الألم.

(والمتلاحمة): في المغرب: هي شجة تشق اللحم دون العظم، ثم تتلاحم بعد شقها؛ أي: تتلاءم وتتلاصق[٣].

قال الأزهري: سميت بذلك على ما يؤول إليه، أو على التفاؤل.

وفي المبسوط: عن محمد: أن المتلاحمة قبل الباضعة، وهذا اختلاف

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٧٣).
(٢) في الأصل: (الدمع) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ٤٢٣).

وَهِيَ الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ (وَالسِّمْحَاقُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى السِّمْحَاقِ، وَهِيَ جِلْدَةٌ رَقِيقَةٌ بَيْنَ اللَّحْمِ وَعَظْمِ الرَّأْسِ (وَالْمُوضِحَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُوضِحُ الْعَظْمَ أَيْ تُبَيِّنُهُ (وَالْهَاشِمَةُ) وَهِيَ الَّتِي تُهَشِّمُ الْعَظْمَ: أَيْ تَكْسِرُهُ (وَالْمُنَقِّلَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَنْقُلُ الْعَظْمَ بَعْدَ الْكَسْرِ: أَيْ تُحَوِّلُهُ (وَالْآمَّةُ) وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى أُمِّ الرَّأْسِ، وَهُوَ الَّذِي فِيهِ الدِّمَاغُ. قَالَ: (فَفِي الْمُوضِحَةِ الْقِصَاصُ إِنْ كَانَتْ عَمْدًا) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى بِالْقِصَاصِ فِي الْمُوضِحَةِ» وَلِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَنْتَهِيَ السِّكِّينُ إِلَى الْعَظْمِ فَيَتَسَاوَيَانِ، فَيَتَحَقَّقُ الْقِصَاصُ. قَالَ: (وَلَا قِصَاصَ فِي بَقِيَّةِ الشِّجَاجِ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ الْمُسَاوَاةِ فِيهَا، لِأَنَّهُ لَا حَدَّ يَنْتَهِي السِّكِّينُ إِلَيْهِ، وَلِأَنَّ فِيمَا فَوْقَ الْمُوضِحَةِ كَسْرَ الْعَظْمِ، وَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَهَذَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ.

مأخذ الكلمة لا في الحكم، فذهب محمد إلى أن المتلاحمة مأخوذة من قولك: التحم الشيئان إذا اتصل بالآخر [٢/ ٤٨٦/ أ]، والمتلاحمة تظهر اللحم ولا تقطعه، والباضعة بعدها؛ لأنها تقطعه[١].

وفي ظاهر الرواية: المتلاحمة: ما تعمل في قطع أكثر اللحم، فهو بعد الباضعة.

(والآمة): بالمدِّ من أَمَّهُ؛ أي: شجَّهُ آمَّةً، وهي التي تصل أمَّ الدماغ. وأمُّ الدماغ: الجلدة التي تجمع الدماغ. كذا في الصحاح[٢].

قوله: (ففي الموضحة القصاص إن كانت عمدًا): ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (لأن فيما فوق الموضحة)؛ أي: فيما هو أكثر شجة من الموضحة، وهو ما ذكره بعد الموضحة من الهاشمة، والمنقلة، والآمة.

(لا قصاص فيه) ولا يعلم فيه خلاف، إلا ما روي عن ابن الزبير أنه قال: "في المأمومة قصاص، وفي المنقلة قصاص" وليس بثابت عنه ذلك. كذا قال ابن المنذر.

وروى ابن ماجه أنه ﷺ قال: **«لَا قَوَدَ فِي الْمَأْمُومَةِ، وَلَا فِي الْمُنَقِّلَةِ، وَلَا**

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٧٣).
(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٥/ ١٨٦٤).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: يَجِبُ القِصَاصُ فِيمَا قَبْلَ المُوضِحَةِ(*)، لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اعْتِبَارُ المُسَاوَاةِ فِيهِ، إِذْ لَيْسَ فِيهِ كَسْرُ العَظْمِ وَلَا خَوْفُ هَلَاكٍ غَالِبٍ، فَيُسْبَرُ غَوْرُهَا بِمِسْبَارٍ، ثُمَّ تُتَّخَذُ حَدِيدَةٌ بِقَدْرِ ذَلِكَ، فَيُقْطَعُ بِهَا مِقْدَارُ مَا قَطَعَ، فَيَتَحَقَّقُ اسْتِيفَاءُ القِصَاصِ. قَالَ: (وَفِيمَا دُونَ المُوضِحَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) لِأَنَّهُ

في الجَائِفَة»[1] ولأنه لا يمكن اعتبار المساواة.

قوله: (فيما قبل الموضحة)؛ أي: دون الموضحة في الأثر، كالسمحاق ونحوه.

وفي الكافي: هذا هو الصحيح؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞۚ﴾ [المائدة:٤٥]، ويمكن اعتبار المساواة كما ذكره في المتن. وهو قول مالك.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: لا قصاص فيما دون الموضحة. وبه قال الشافعي، وأحمد؛ لأنه جراحة لا تنتهي إلى عظم، فصار كالمأمومة، فلا يجب القصاص؛ لعدم اعتبار المساواة.

المسبار: ما يسبر به الجرح.

قوله: (وفيما دون الموضحة حكومة العدل)؛ يعني: ما دون الموضحة أثرًا، ولكن قبل الموضحة ذكرًا؛ وهو من الخارصة إلى السمحاق.

ولا يقال: هذا مخالف لما ذكره في الأصل قبل هذا: أن فيما قبل الموضحة قصاص.

ثم المراد بما دون الموضحة: قبل الموضحة، فقد ذكر اختلاف الحكم مع اتحاد الموضوع؛ لأن هذا الذي ذكره في غير رواية الأصل، ولا قصاص في بقية الشجاج، وما قبل الموضحة بقية الشجاج، فلما لم يلزم القصاص لا بد له عن حكم، وذكر حكمه هاهنا **بقوله: (وفيما دون الموضحة حكومة عدل)**.

ثم عند أكثر الفقهاء والعلماء، في الشجاج التي لا توقيف فيها؛ حكومة عدل، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد في الأصح منه.

(*) الراجح: قول محمد.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٨١ برقم ٢٦٣٧) من حديث العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه.

لَيسَ فِيهَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، وَلَا يُمْكِنُ إِهْدَارُهُ، فَوَجَبَ اعْتِبَارُهُ بِحُكْمِ العَدْلِ، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنِ النَّخَعِيِّ وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ. قَالَ: (وَفِي المُوضِحَةِ إِنْ كَانَتْ خَطَأً نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الهَاشِمَةِ عُشْرُ الدِّيَةِ، وَفِي المُنَقِّلَةِ عُشْرُ الدِّيَةِ، وَنِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَفِي الآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَفِي الجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، ....

وعن أحمد في رواية: في الدامية بعير، وفي الباضعة بعيرين، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة، وفي السمحاق أربعة أبعرة؛ لأن[1] هذا يروى عن زيد بن ثابت. وعن علي في السمحاق مثل ذلك. وعن علي وعثمان في السمحاق: نصف أرش الموضحة.

والصحيح الأول؛ لأنه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف، ولا له قياس يصح، فوجب الرجوع إلى حكومة العدل.

وروي عن مكحول أنه قال: "قضى النبي ﷺ في الموضحة بخمس من الإبل، ولم يقض فيما دونه بشيء".

وفي المبسوط: روي عن إبراهيم النخعي، وعمر بن عبد العزيز، أنهما قالا: "ما دون الموضحة من الشجاج بمنزلة الخدوش، فيها حكومة عدل"، وما روي عن زيد، وعلي، وعمر، وعثمان؛ غير مشهور[2].

قوله: (وفي الجائفة ثلث الدية).

وفي الإيضاح، والذخيرة: والجائفة: جراحة تصل إلى الجوف من الصدر والبطن، والظهر والجنبين، والاسم دليل عليه، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطرًا، وما فوق ذلك لا يكون جائفة. فعلى هذا ذكر الجائفة في مسائل الشجاج وقع اتفاقًا.

قال ابن عبد البر: إن مالكًا وأبا حنيفة والشافعي وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لا تكون إلا في الجوف، وبه قال البتّي، وأحمد.

وفي الجائفة ثلث الدية عند عامة أهل العلم؛ من أهل المدينة، وأهل

---

(١) في الأصل: (لا) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٧٤).

فَإِنْ نَفَذَتْ فَهُمَا جَائِفَتَانِ، فَفِيهِمَا ثُلُثَا الدِّيَةِ) لِمَا رُوِيَ فِي كِتَابِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «وَفِي المُوضِحَةِ خَمْسٌ مِن الإِبِلِ، وَفِي الهَاشِمَةِ عَشْرٌ، وَفِي المُنَقِّلَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ، وَفِي الآمَّةِ» وَيُرْوَى: «المَأْمُومَةُ ثُلُثُ الدِّيَةِ» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «فِي الجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيَةِ» وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ ﷺ أَنَّهُ حَكَمَ فِي جَائِفَةٍ نَفَذَتْ إِلَى الجَانِبِ الآخَرِ بِثُلُثَي الدِّيَةِ، وَلِأَنَّهَا إِذَا نَفَذَتْ نَزَلَتْ مَنْزِلَةَ جَائِفَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا مِن جَانِبِ البَطْنِ وَالأُخْرَى مِن جَانِبِ الظَّهْرِ، وَفِي كُلِّ جَائِفَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ، فَلِهَذَا وَجَبَ فِي النَّافِذَةِ ثُلُثَا الدِّيَةِ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ جَعَلَ المُتَلَاحِمَةَ قَبْلَ البَاضِعَةِ، وَقَالَ: هِيَ الَّتِي يَتَلَاحَمُ فِيهَا الدَّمُ، وَيَسْوَدُّ. وَمَا ذَكَرْنَاهُ بَدْءًا مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَهَذَا اخْتِلَافُ عِبَارَةٍ لَا يَعُودُ إِلَى مَعْنًى وَحُكْمٍ.

وَبَعْدَ هَذَا: شَجَّةٌ أُخْرَى تُسَمَّى الدَّامِغَةُ، وَهِيَ الَّتِي تَصِلُ إِلَى الدِّمَاغِ، وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرْهَا لِأَنَّهَا تَقَعُ قَتْلًا فِي الغَالِبِ لَا جِنَايَةً مُقْتَصِرَةً مُنْفَرِدَةً بِحُكْمٍ عَلَى حِدَةٍ، ثُمَّ هَذِهِ

الكوفة، وأصحاب الرأي، إلا مكحولًا قال: فيها في العمد ثلثا الدية.

ولنا: حديث عمرو بن حزم، كما ذكر في المتن.

قوله: (فإن نفذت فهما جائفتان): وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد، وأكثر أهل العلم.

قال ابن عبد البر: لا أعلمهم يختلفون في ذلك.

وحكي عن بعض أصحاب الشافعي، وعن أبي حنيفة في رواية: أنها جائفة واحدة؛ لأن الجائفة ما ينفذ من ظاهر البدن إلى الجوف، والثانية من الباطن إلى الظاهر.

وللعامة: ما روى ابن المسيب "أن أبا بكر قضى فيه بثلثي الدية"، ولا مخالف له، فيكون إجماعًا. وروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده "أن عمر قضى فيها بأرش جائفتين".

قوله: (وما ذكرناه بدءًا)؛ أي: أولًا **(مروي عن أبي يوسف)** وهو ظاهر الرواية كما ذكرنا.

الشِّجَاجُ تَخْتَصُّ بِالوَجْهِ وَالرَّأسِ لُغَةً، وَمَا كَانَ فِي غَيْرِ الوَجْهِ وَالرَّأسِ، يُسَمَّى جِرَاحَةً، وَالحُكْمُ مُرَتَّبٌ عَلَى الحَقِيقَةِ فِي الصَّحِيحِ، حَتَّى لَوْ تَحَقَّقَتْ فِي غَيْرِهِمَا نَحْوُ السَّاقِ وَاليَدِ لَا يَكُونُ لَهَا أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، وَإِنَّمَا تَجِبُ حُكُومَةُ العَدْلِ، لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِالتَّوْقِيفِ، وَهُوَ إِنَّمَا وَرَدَ فِيمَا يَخْتَصُّ بِهِمَا، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا وَرَدَ الحُكْمُ فِيهَا لِمَعْنَى الشَّيْنِ الَّذِي يَلْحَقُهُ بِبَقَاءِ أَثَرِ الجِرَاحَةِ، وَالشَّيْنُ يَخْتَصُّ بِمَا يَظْهَرُ مِنْهَا فِي الغَالِبِ، وَهُوَ العُضْوَانِ هَذَانِ لَا سِوَاهُمَا، وَأَمَّا اللَّحْيَانِ فَقَدْ قِيلَ: لَيْسَا مِنَ الوَجْهِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، حَتَّى لَوْ وُجِدَ فِيهِمَا مَا فِيهِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ: لَا يَجِبُ المُقَدَّرُ. وَهَذَا لِأَنَّ الوَجْهَ مُشْتَقٌّ مِنَ المُوَاجِهَةِ، وَلَا مُوَاجِهَةَ لِلنَّاظِرِ، فِيهِمَا إِلَّا أَنَّ عِنْدَنَا هُمَا مِنَ الوَجْهِ

قوله: (تختص بالوجه والرأس لغة): وبه قالت الأئمة الثلاثة، وأكثر [٢/ ٤٨٦/ب] أهل العلم.

وعلى ما ذكر في الإيضاح: يختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضًا.

قوله: (ورد فيما يختص بهما)؛ أي: بالوجه والرأس.

ثم في الموضحة خمس من الإبل، سواء كان في الوجه أو في الرأس. وبه قال الشافعي، وأحمد، وأكثر أهل العلم.

وقال مالك: إذا كانت على الأنف أو في اللحي الأسفل؛ ففيها حكومة عدل؛ لأنها تبعد عن الدماغ، فأشبهت موضحة سائر البدن. وهو معنى قول **الشيخ: (وأما اللحيان)** إلى قوله: **(وهو قول مالك)**.

(ولأن الوجه مشتق من المواجهة، ولا مواجهة للناظر فيهما)؛ أي: في اللحيين[1].

ولنا: أنهما من الوجه؛ لاتصالهما به، إلى آخر ما ذكر في المتن.

أما الذقن من الوجه بلا خلاف.

وعن ابن المسيب أنه قال: "تضعف موضحة الوجه على موضحة الرأس، فيجب في موضحة الوجه عشر من الإبل"، وهو رواية عن أحمد؛ لأن شينها أكثر، وموضحة الرأس يسترها الستر والعمامة.

---

(١) في الأصل: (اللحيان) والمثبت الصواب.

لِاتِّصَالِهِمَا بِهِ مِن غَيْرِ فَاصِلَةٍ، وَقَدْ يَتَحَقَّقُ فِيهِ مَعْنَى الْمُوَاجِهَةِ أَيْضًا.

وَقَالُوا: الجَائِفَةُ تَخْتَصُّ بِالجَوْفِ جَوْفِ الرَّأْسِ، أَوْ جَوْفِ البَطْنِ، وَتَفْسِيرُ حُكُومَةِ العَدْلِ عَلَى مَا قَالَهُ الطَّحَاوِيُّ: أَنْ يُقَوَّمَ مَمْلُوكًا بِدُونِ هَذَا الأَثَرِ، وَيُقَوَّمُ وَبِهِ هَذَا الأَثَرُ، ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى تَفَاوُتِ مَا بَيْنَ القِيمَتَيْنِ، فَإِنْ كَانَ نِصْفَ عُشْرِ القِيمَةِ: يَجِبُ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ رُبْعَ عُشْرٍ، فَرُبْعُ عُشْرٍ. وَقَالَ الكَرْخِيُّ: يُنْظَرُ كَمْ مِقْدَارُ هَذِهِ الشَّجَّةِ مِن الْمُوضِحَةِ ....

ولنا: عموم الأحاديث، وقول أبي بكر وعمر: "الموضحة في الرأس والوجه سواء"، ولا عبرة لكثرة الشين، بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة.

ولا معنى لقول مالك؛ فإن الموضحة في الصدر أقرب إلى القلب، وأكثر ضررًا، ولا مقدر فيها.

قوله: (وقد يتحقق فيه)؛ أي: في اللحي (معنى المواجهة أيضًا) فيكون من الوجه حقيقة.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: والقياس: أن يجب غسلهما؛ لأنهما من الوجه حقيقة، لكن ترك هذه الحقيقة بالإجماع، ولا إجماع هاهنا، فبقيت العبرة للحقيقة.

قوله: (وتفسير حكومة العدل).

اختلف أصحابنا في تفسير حكومة العدل؛ فقال الطحاوي: هو أن يقوم لو كان عبدًا بدون هذا الأثر، ويقوم وبه الأثر، إلى آخره.

وفي فتاوى قاضي خان: وعليه الفتوى[1]، وبه أخذ الحلواني، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وأهل العلم.

قال ابن المنذر: وهو قول كل من يحفظ عنه العلم.

(وقال الكرخي) تفسيره (أن ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) إلى آخره.

---

(١) فتاوى قاضي خان (٣/ ٢٦٦).

فَيَجِبُ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِن نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ، لِأَنَّ مَا لَا نَصَّ فِيهِ يُرَدُّ إِلَى المَنْصُوصِ عَلَيْهِ.

فَصْلٌ: [في بَيَانِ مَسَائِلِ الجِرَاحِ التي فيما دُونَ النَّفْسِ فِيمَا دُونَ الرَّأْسِ]

قال شيخ الإسلام: وهو الأصح؛ لحديث علي، فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار، ولم يعتبر بالعبيد.

وفي المحيط: قالوا: ما قاله الطحاوي ضعيف؛ لأن جراحات العبد لا تشبه جراحات الحر؛ لأن الحر إذا شج موضحة صغيرة أو كبيرة فهما سواء، ولو شج في المملوك موضحة صغيرة؛ يجب فيها أقل ما يجب في الكبيرة.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده: من مشايخنا من سوَّى بين الرجل والمرأة في الحكومة، ومنهم من قال: بل تكون على النصف مما يجب في الرجل، وهو الذي ذكره القدوري في تفسير الحكومة.

وقال بعض المشايخ في تفسيرها: ينظر إلى قدر ما تحتاج إليه من النفقة إلى أن تبرأ هذه الجراحة، فيجب هذا على الجاني، فإن عرف القاضي مقداره، وإلا يسأل من له علم بذلك من الأطباء.

قالوا: هذا لا يقوى؛ لأن الناس مما يتفاوتون في ذلك، فمنهم من يكون أبطأ برءًا، ومنهم من يكون أسرع برءًا، فالتقدير بمقدار لا يعرفه كل أحد لتفاوت الناس.

ومنهم من قال: تفسيرها: أن ينظر إلى أرش ذلك العضو بكماله، وإلى ما نقصه تلك الجراحة، فتجب بقدر ذلك.

هذا إذا بقي للجراحة أثر، فأما إذا لم يبق؛ قال أبو يوسف: لا شيء على الجاني.

وقال محمد: يلزمه قدر ما أنفق إلى أن يبرأ.

وقال أكثر أهل العلم بقول أبي يوسف.

فَصْلٌ

لما ذكر [في][1] الجراح الذي يتعلق بالرأس؛ شرع في مسائل ما دونه على الترتيب.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

قَالَ: (وَفِي أَصَابِعِ اليَدِ نِصْفُ الدِّيَةِ) لِأَنَّ فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عُشْرُ الدِّيَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا، فَكَانَ فِي الخَمْسِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَلِأَنَّ فِي قَطْعِ الأَصَابِعِ تَفْوِيتَ جِنْسِ مَنْفَعَةِ البَطْشِ، وَهُوَ المُوجِبُ عَلَى مَا مَرَّ (فَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ الكَفِّ فَفِيهِ أَيْضًا نِصْفُ الدِّيَةِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وَفِي اليَدَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ» وَلِأَنَّ الكَفَّ تَبَعٌ لِلْأَصَابِعِ، لِأَنَّ البَطْشَ بِهَا (وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ نِصْفِ السَّاعِدِ، فَفِي الأَصَابِعِ وَالكَفِّ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَفِي الزِّيَادَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ(*)، وَعَنْهُ: أَنَّ مَا زَادَ عَلَى أَصَابِعِ اليَدِ وَالرِّجْلِ، فَهُوَ تَبَعٌ لِلْأَصَابِعِ إِلَى المَنْكِبِ وَإِلَى الفَخِذِ، لِأَنَّ الشَّرْعَ أَوْجَبَ فِي اليَدِ الوَاحِدَةِ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَاليَدُ اسْمٌ لِهَذِهِ الجَارِحَةِ

قوله: (في أصابع اليد)؛ أي: اليد الواحدة (نصف الدية)؛ إذ في أصابع اليدين كمال الدية. ولا يعلم فيه خلاف.

(على ما روينا)؛ وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**فِي كُلِّ إِصبعٍ عَشْرٌ مِن الإِبِلِ**»(١) في الفصل السابق.

وقوله: (على ما مر)؛ إشارة إلى قوله: (لأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة).

قوله: (وهو رواية عن أبي يوسف): وبه قال الشافعي في ظاهر مذهبه، والقاضي الحنبلي.

(وعنه)؛ أي: عن أبي يوسف، **إلى آخره**: وبه قال أحمد، ومالك، وابن أبي ليلى، وبعض أصحاب الشافعي، والنخعي، وقتادة، وعطاء؛ لأن اسم اليد للجميع إلى المنكب لغةً وعرفًا، فلا يلزمه أكثر من ديتها التي قدرها النبي ﷺ بقوله: «**فِي اليدَينِ الديةُ، وفي إحداهُما نصفُ الدِّيةِ...**»(٢) الحديث.

ولأن الساعد ليس له [أرش](٣) مقدر، فيكون تبعًا لما له أرش مقدر، كالكف.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

إِلَى المَنْكِبِ، فَلَا يُزَادُ عَلَى تَقْدِيرِ الشَّرْعِ، وَلَهُمَا: أَنَّ اليَدَ آلَةٌ بَاطِشَةٌ وَالبَطْشُ يَتَعَلَّقُ بِالكَفِّ، وَالأَصَابِعُ دُونَ الذِّرَاعِ، فَلَمْ يَجْعَل الذِّرَاعَ تَبَعًا فِي حَقِّ التَّضْمِينِ، وَلِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْأَصَابِعِ، لِأَنَّ بَيْنَهُمَا عُضْوًا كَامِلًا وَلَا إِلَى أَنْ يَكُونَ تَبَعًا لِلْكَفِّ، لِأَنَّهُ تَابِعٌ وَلَا تَبَعَ لِلتَّبَعِ. قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ الكَفَّ مِن المِفْصَلِ، وَفِيهَا أُصْبُعٌ وَاحِدَةٌ، فَفِيهِ عُشْرُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ أُصْبُعَيْنِ فَالخُمُسُ، وَلَا شَيْءَ فِي الكَفِّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُنْظَرُ إِلَى أَرْشِ الكَفِّ وَالأُصْبُعِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ الأَكْثَرُ، وَيَدْخُلُ القَلِيلُ فِي الكَثِيرِ(*)، لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الجَمْعِ بَيْنَ الأَرْشَيْنِ، ....

(ولهما: أن اليد آلة باطشة)؛ [٢/ ٤٨٧/أ] يعني: أرش اليد باعتبار إزالة البطش، والأصل في البطش الأصابع، والكف تبع لها، أما الساعد فلا يتبعها؛ لأنه غير متصل بها، فلم يجعل تبعًا لها في حق التضمين.

قوله: (ولا وجه) إلى آخره؛ يعني: لا يخلو إما أن يجعل الساعد تبعًا للأصابع أو الكف، ولا يمكن جعله تبعًا للأصابع؛ لأن الكف عضو كامل بينهما، والتبع ما يكون متصلًا بالأصل، ولا يمكن تبعه للكف؛ لأن الكف تبع للأصابع.

(ولا تبع للتبع): ولمّا لم يكن تبعا لهما، ولا وجه إلى إهداره، وليس فيه أرش مقدر؛ فتجب الحكومة، كما لو قطعه بعد قطع الكف.

ولا حجة له في الحديث؛ لأن اليد إذا ذكرت في موضع القطع، فالمراد منه: من الكوع، كما في آية السرقة.

قوله: (ففيه)؛ أي: ففي الإصبع الواحدة (عشر الدية) والإصبع يذكَّر ويؤنَّث.

قوله: (لا وجه إلى الجمع بين الأرشين)؛ أي: أرش الكف وأرش الإصبع، يعني: الجمع بين هذين الأرشين ممتنع اتفاقًا؛ لأن ضمان الأصابع ضمان الكف، وضمان الكف ضمان الأصابع، فهما شيء واحد. كذا ذكره فخر الإسلام في جامعه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

لِأَنَّ الكُلَّ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَلَا إِلَى إِهْدَارِ أَحَدِهِمْ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصْلٌ مِن وَجْهٍ، فَرَجَّحْنَا بِالكَثْرَةِ. وَلَهُ: أَنَّ الأَصَابِعَ أَصْلٌ، وَالكَفُّ تَابِعٌ حَقِيقَةً وَشَرْعًا، لِأَنَّ البَطْشَ يَقُومُ بِهَا، وَأَوْجَبَ الشَّرْعُ فِي أُصْبُعٍ وَاحِدَةٍ عَشْرًا مِن الإِبِلِ، وَالتَّرْجِيحُ مِن حَيْثُ الذَّاتُ وَالحُكْمُ أَوْلَى مِن التَّرْجِيحِ مِن حَيْثُ مِقْدَارُ الوَاجِبِ (وَلَوْ كَانَ فِي

(**فرجحنا بالكثرة**)؛ يعني: لمّا لم يجز الإهدار؛ وجب الترجيح بالكثرة، كما قلنا فيمن شج رأس شخص وتناثر بعض شعره، حيث يدخل هناك الأول في الأكثر.

(**وله**)؛ أي: لأبي حنيفة - رحمه الله -.

(**أصل**) إلى قوله: (**حقيقةً وشرعًا**)؛ يعني: من حيث الحقيقة (**لأن البطش يقوم بها**)؛ أي: بالأصابع، وهو منفعة اليد.

(**وشرعًا**)؛ أي: من حيث الشرع، فإن الإصبع له أرش مقدر شرعًا، والكف ليس له أرش مقدر شرعًا.

(**والترجيح من حيث الذات والحكم**)؛ أي: من حيث الحقيقة والشرع (**أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب**)؛ لما أن التقدير الشرعي ثابت بالنص، وما لم يثبت فيه تقدير يكون تقديره بالرأي، والرأي لا يعارض النص.

وأما قولهما: أن بالكثرة أولى؛ فقلنا: إنما يصار إلى الترجيح عند المساواة في القوة، ولا مساواة بين الرأي والنص. وأما مسألة الشجة والشعر، فلا يكون تبعًا للآخر، وفيما نحن فيه الكف. كذا ذكره قاضي خان.

فلما كان الاعتبار عند أبي حنيفة للنص، وتقدير الشرع لا يتفاوت بين أن يكون الباقي إصبع أو أكثر، ولهذا قال أبو حنيفة: إذا لم يبق من الإصبع إلا مفصل واحد؛ ففي ظاهر الرواية: عنده أرش ذلك المفصل، ويجعل الكف تبعًا له؛ لأن أرش المفصل مقدر شرعًا، وما بقي شيء من الأصل، وإن قل لا حكم للتبع، كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطة في المحلة، لا يعتبر السكان.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا كان الباقي دون إصبع؛ يعتبر فيه الأقل والأكثر كقولهما، فيدخل الأقل في الأكثر؛ لأن أرش الإصبع منصوص عليه، وأرش كل مفصل غير منصوص عليه، واعتبرناه بالمنصوص عليه بنوع رأي،

الكَفِّ ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ، يَجِبُ أَرْشُ الأَصَابِعِ، وَلَا شَيْءَ فِي الكَفِّ بِالإِجْمَاعِ) لِأَنَّ الأَصَابِعَ أُصُولٌ فِي التَّقْوِيمِ، وَلِلْأَكْثَرِ حُكْمُ الكُلِّ فَاسْتَتْبَعَت الكَفَّ، كَمَا إِذَا كَانَت الأَصَابِعُ قَائِمَةً بِأَسْرِهَا. قَالَ: (وَفِي الأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ حُكُومَةُ عَدْلٍ) تَشْرِيفًا لِلْآدَمِيِّ، لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِن يَدِهِ، وَلَكِنْ لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ وَلَا زِينَةَ ....

فيعتبر فيه الأقل والأكثر. ولكن الأول أصح؛ لما ذكرنا أن أرشه مقدر شرعًا، فلا يحتاج فيه إلى الرأي. كذا في المبسوط[1].

وفي الإيضاح: لو قطع الكف ولا أصابع فيها؛ قال أبو يوسف: فيها حكومة عدل لا يبلغ رأس إصبع؛ لأن الإصبع الواحدة تتبعها الكف على قول أبي حنيفة، فلا يبلغ قيمة التبع إلى قيمة المتبوع.

قوله: **(وفي الإصبع الزائدة حكومة عدل)**: وبه قال الشافعي، وأحمد، والثوري، ولا يعلم لهم مخالف.

وعن زيد بن ثابت قال: فيها ثلث دية الإصبع.

وفي الذخيرة: فيها الحكومة، سواء كان في العمد أو في الخطأ، وسواء كان للقاطع إصبع زائدة أم لا. أما إذا لم يكن للقاطع إصبع زائدة؛ فظاهر أنه لا وجه لقطع إصبع أخرى لأجلها، وكذا إذا كان له إصبع زائدة لا يجري القصاص؛ لتفاوت القيمة، إذ الحكومة تعرف بالقيمة، والقيمة بالحزر والظن، فلا تثبت المساواة في المالية، والمساواة في القيمة شرط لجريان القصاص، ولهذا لا يجرى في أطراف العبيد.

قوله: **(لكن لا منفعة فيه ولا جمال)** إلى آخره: ولا يشكل بما إذا كان على ذقنه شعرات معدودة، حيث لا يجب فيه شيء، وإن كان الشعر جزءًا من الآدمي، ولهذا لا يحل الانتفاع به ولا بيعه؛ لأنه جزء الآدمي، ولا منفعة فيه ولا زينة.

وفي الإصبع الزائدة تجب الحكومة؛ لأن بعد إزالة شعرات الذقن لا يبقى أثرها، فلا يشينه، وفي الإصبع الزائدة يبقى أثر القطع، فيشينه، فيجب بسبب

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٣).

(وَكَذَلِكَ السِّنُّ الشَّاغِيَةُ) لِمَا قُلْنَا.

(وَفِي عَيْنِ الصَّبِيِّ، وَذَكَرِهِ، وَلِسَانِهِ، إِذَا لَمْ تُعْلَمْ صِحَّتُهُ، حُكُومَةُ عَدْلٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ فِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، لِأَنَّ الغَالِبَ فِيهِ الصِّحَّةُ، فَأَشْبَهَ قَطْعَ المَارِنِ وَالأُذُنِ. وَلَنَا: أَنَّ المَقْصُودَ مِن هَذِهِ الأَعْضَاءِ المَنْفَعَةُ، فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ صِحَّتُهَا لَا يَجِبُ الأَرْشُ الكَامِلُ بِالشَّكِّ، وَالظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ حَجَّةً لِلْإِلْزَامِ، ....

شينه، مع أنها جزء الآدمي في الحكومة. كذا قيل.

(وكذلك السن الشاغية)؛ أي: في قلعها الحكومة (لما قلنا)؛ [٢/ ٤٨٧/ ب] وهو قوله: (لأنه جزء من الآدمي).

السن الشاغية: هي الزائدة على الأسنان، وهي التي يخالف نبتها نبت غيرها من الأسنان، يقال: رجل أشغى وامرأة شَغْوَى، فإنها وإن كانت زائدة ففيها نقص معنى. قال قائل: فإن الشغي نقص وإن كان زائدًا. وقيل: الشغي: خروج الثنيتين من الشفة. وإنما قيل للعقاب شَغْوَى؛ لتعقب في منقارها. كذا في الغريبين.

قوله: (وقال الشافعي: تجب دية كاملة): وبه قال أحمد، والثوري؛ لعموم الحديث. ولأن الأصل هو الصحة، فأشبه قطع المارن والأذن من الصبي.

وقلنا: لم يبق الحديث على عمومه؛ لخروج لسان الأخرس. ولأن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة.

(وإذا لم يعلم صحتها لا يجب الأرش كاملًا بالشك)؛ لأن السلامة بالدليل، وبالظاهر تثبت السلامة.

(والظاهر لا يصلح حجة للإلزام): وقيد به؛ لأن الظاهر يصلح لغير الإلزام، حتى لو أعتق عبدًا صغيرًا لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقينًا، يخرج عن عهدة الكفارة؛ لأن الغالب هو السلامة، فتصلح دافعة لا ملزمة، وقد مر في الكفارة: أن الرضيع يجزئه.

وفي ذكر العنين والخصيّ حكومة عدل عندنا، وبه قال أحمد في رواية.

وقال الشافعي: فيهما دية كاملة، وبه قال في ذكر العنين في رواية،

بِخِلَافِ المَارِنِ وَالأُذُنِ الشَّاخِصَةِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الجَمَالُ، وَقَدْ فَوَّتَهُ عَلَى الكَمَالِ (وَكَذَا لَو اسْتَهَلَّ الصَّبِيُّ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِكَلَامٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مُجَرَّدُ صَوْتٍ، وَمَعْرِفَةُ الصِّحَّةِ فِيهِ بِالكَلَامِ، وَفِي الذَّكَرِ بِالحَرَكَةِ، وَفِي العَيْنِ بِمَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى النَّظَرِ، فَيَكُونُ حُكْمُهُ بَعْدَ ذَلِكَ حُكْمَ البَالِغِ فِي العَمْدِ وَالخَطَإِ.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا، فَذَهَبَ عَقْلُهُ، أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ، دَخَلَ أَرْشُ المُوضِحَةِ فِي الدِّيَةِ) لِأَنَّ بِفَوَاتِ العَقْلِ تَبْطُلُ مَنْفَعَةُ جَمِيعِ الأَعْضَاءِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْضَحَهُ فَمَاتَ،

وأحمد، ومالك، وأكثر أهل العلم.

وقال مالك، وأحمد في رواية: في ذكر الخصي مثل قولنا، وهو قول الثوري، وقتادة، وإسحاق.

للشافعي: عموم قوله ﷺ: «فِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ»[(١)].

ولنا: أن المنفعة الأصلية من هذا العضو الجماع والإنزال والإحبال، فإذا عدمت هذه المنفعة؛ صارت كالعين القائمة بلا ضوء، واليد الشلّاء والرِّجل الشلّاء.

وفرق مالك في رواية بين العنين والخصي، وقال في العنين: غير ميؤوس من جماعه، بخلاف الخصي. ولأن الإنزال والإحبال منه غير مرجو.

وقلنا: المرجو مشكوك، وعدم النفع ثابت بيقين، وبالشك لا تثبت الدية.

قوله: (دخل أرش الموضحة في الدية): وبه قال الشافعي في القديم.

وقال في الجديد: لا يدخل، وبه قال مالك، وأحمد، والحسن، وزفر في رواية؛ لاختلاف محل الجناية، أو محل الموضحة غير محل العقل، فلم يتداخل الأرشان، كما لو أوضحه وذهب بصره أو سمعه.

وقلنا: ذهاب العقل [في معنى تبديل النفس][(٢)]، وإلحاقه بالبهائم، فيكون بمنزلة الموت، وما قالوا: (أن محل أحدهما غير محل الآخر) ليس كذلك؛ لأن

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

وَأَرْشُ الْمُوضِحَةِ يَجِبُ بِفَوَاتِ جُزْءٍ مِن الشَّعْرِ، حَتَّى لَوْ نَبَتَ يَسْقُطُ، وَالدِّيَةُ بِفَوَاتِ

العقل لا موضع له يشار إليه، كالروح في الجسد. كذا في المبسوط[(١)]، وجامع التمرتاشي، وفيه [متأمل][(٢)]؛ إذ بعض أهل السنة قالوا: محل العقل القلب، وبعضهم محله الرأس.

قوله: (وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر).

وفي المبسوط: وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر، بدليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان؛ لا يجب شيء، وإذا وجب كمال دية النفس باعتبار ذهاب الشعر؛ لا يجب ما دونه باعتباره أيضًا؛ لتعلق الأرشين بسبب واحد، وهو الجناية على الرأس، وبجناية واحدة في محل واحد لا يجب شيئان[(٣)].

ولأنه عليه الصلاة والسلام أوجب في الموضحة خمسًا من الإبل، والموضحة متى كان في الرأس يتناثر الشعر؛ يوجب الأرش كالإيضاح، ولم يوجب النبي ﷺ بتناثر الشعر شيئًا؛ لأن أرش ما يتناثر في موضع الشجة يكون أقل من أرش الموضحة، فعلم أن الأقل يدخل في الأكثر، فصار هذا أصلًا.

قوله: (وجوابه ما ذكرناه)؛ وهو **قوله**: (لأن بفوات العقل) إلى آخره.

وفي الذخيرة: الشجاج كلها إذا برأ ولم يبق لها أثر لا يجب شيء، إلا عند محمد؛ فإنه قال: يجب مقدار ما أنفق إلى أن برأ.

ولو شج موضحة فالتأمت ونبت الشعر؛ قال أبو حنيفة - رحمه الله -: ليس عليه شيء. وقال أبو يوسف: عليه الأرش كملًا. وإن التأمت ولم ينبت الشعر؛ فعليه أرش بالاتفاق.

وفي العيون: لو التأمت ونبت الشعر؛ فالقياس ألا يجب شيء، وهو قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف، ومحمد: يستحسن أن يجعل عليه حكومة عدل مثل أجرة الطبيب، وكذا كل جراحة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٩٩).
(٢) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٩٩).

كُلِّ الشَّعْرِ، وَقَدْ تَعَلَّقَا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، فَدَخَلَ الْجُزْءُ فِي الْجُمْلَةِ كَمَا إِذَا قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ فَشُلَّتْ يَدُهُ.

وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَدْخُلُ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، فَلَا يَتَدَاخَلَانِ كَسَائِرِ الجِنَايَاتِ. وَجَوَابُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ. قَالَ: (وَإِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ، أَوْ بَصَرُهُ، أَوْ كَلَامُهُ، فَعَلَيْهِ أَرْشُ المُوضِحَةِ مَعَ الدِّيَةِ) قَالُوا: هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الشَّجَّةَ تَدْخُلُ فِي دِيَةِ السَّمْعِ وَالكَلَامِ، وَلَا تَدْخُلُ فِي دِيَةِ

الشلل: فساد في اليد، من حد علم.

وفي شرح الطحاوي: قطع من إصبع مفصلًا واحدًا، فشل الباقي من الإصبع أو الكف؛ لا يجب القصاص، ولكن تجب الدية فيما شل منه، إن كان إصبعًا فدية الإصبع، وإن كان كفًّا فدية الكف، وهذا بالإجماع.

قوله: (فعليه أرش الموضحة والدية): وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(قالوا)؛ أي: المشايخ [٢/٤٨٨/أ] **(هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف)**: فذكر أبي يوسف هاهنا وقع سهوًا من الكاتب؛ لأنه مخالف لجميع كتب أصحابنا، وينبغي أن يذكر محمدًا مكان أبي يوسف، كما ذكر في الإيضاح والكافي، أو لا يذكر أحدًا، لا أبا يوسف ولا محمدًا، كما هو رواية المبسوط، وشروح الجامع، والذخيرة، والمغني.

اعلم: أن هذا الذي ذكره فيما إذا كان خطأً، وإن كان عمدًا؛ فقد ذكر في الذخيرة محيلًا إلى الجامع الصغير: فلا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة، ولكن يجب أرش الموضحة، ودية السمع والبصر.

وعندهما: يجب القصاص في الشجة، والدية في السمع والبصر.

وقال أحمد، وبعض أصحاب الشافعي: يجب القصاص في البصر أيضًا؛ لأن ضوء العين لا يمكن مباشرته بالجناية، وإذا جنى على محل سرى منه إلى العين تعلق به القصاص، كما إذا سرى إلى النفس.

وفي الحلية: وهو المنصوص[1].

---

(١) حلية العلماء للشاشي (٧/ ٤٧٤).

الْبَصَرِ(*). وَجْهُ الأَوَّلِ: أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا جِنَايَةٌ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَالمَنْفَعَةُ مُخْتَصَّةٌ بِهِ، فَأَشْبَهَ الأَعْضَاءَ المُخْتَلِفَةَ، بِخِلَافِ العَقْلِ، لِأَنَّ مَنْفَعَتَهُ عَائِدَةٌ إِلَى جَمِيعِ الأَعْضَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

وقال بعض أصحابه: لا يجب القصاص في ضوء العين، كما لو [قطع][١] إصبع رجل فشلت كفه؛ لا قصاص في الكف.

ثم إذا أراد الاقتصاص يوضحه أولًا، فإن ذهب ضوء عينه؛ استوفى حقه، وإلا فله أن يذهب ضوء عينه بأخف ما يكون، من حديدة محماة يُقَرِّبُها إلى عينه، أو بدواء يضعه فيها، بحيث لا تذهب حدقته.

ولو لم يكن إذهاب ضوئه إلا بما تذهب به الحدقة؛ سقط القصاص حينئذ؛ لأنه لا يجوز أن يستوفي أكثر من حقه.

وأجمع أهل العلم أنه لا قصاص في ذهاب بعض البصر؛ لتعذر المساواة. كذا في المغني لابن قدامة. وقد بينا طريق معرفة ذهاب البصر والسمع، فلا نعيده.

قوله: **(وجه الأول)**؛ وهو عدم دخول أرش الموضحة **(أن كلًّا منها جناية فيما دون النفس)** وأصل بنفسها في المنافع؛ لتعدد حكم الجناية بتعدد أثر الفعل، ولم يستتبع واحد من ذلك ما سواه .**(بخلاف العقل؛ لأن منفعته عائدة إلى كل الأعضاء)**.

(على ما بينا) أن بزوال العقل صار كالبهائم، ويصير كزوال الروح، وصار كالموت، فيدخل الأقل في الأكثر.

وفي الإيضاح: لا يتضح هذا الفرق.

قال الهندواني: كنا نفرق بهذا الفرق، حتى رأيت ما ينتقض هذا الفرق؛ وهو أنه لو قطع يده فذهب عقله؛ أن عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف لأحد، فلو كان زوال العقل [كذهاب][٢] الروح؛ لما أوجب أرش اليد، كما لو مات.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

وَوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ السَّمْعَ وَالكَلَامَ مُبْطَنٌ، فَيُعْتَبَرُ بِالعَقْلِ، وَالبَصَرُ ظَاهِرٌ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ. قَالَ: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا مُوضِحَةً، فَذَهَبَتْ عَيْنَاهُ، فَلَا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِيهِمَا (وَقَالَا: فِي المُوضِحَةِ القِصَاصُ)(*) قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي العَيْنَيْنِ.

قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعَ رَجُلٍ مِن المِفْصَلِ الأَعْلَى، فَشُلَّ مَا بَقِيَ مِن الأُصْبُعِ، أَوْ اليَدِ كُلِّهَا لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِن ذَلِكَ) وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي المِفْصَلِ الأَعْلَى، وَفِيمَا بَقِيَ حُكُومَةُ عَدْلٍ (وَكَذَلِكَ لَوْ كَسَرَ بَعْضَ سِنِّ رَجُلٍ فَاسْوَدَّ مَا بَقِيَ)

والصحيح من الفرق: أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل، وفي السمع والبصر على عضوين، فلا يدخل.

قوله: (ووجه الثاني)؛ وهو رواية أبي يوسف.

(فيعتبر بالعقل): فتدخل دية الشجة في دية السمع والكلام.

(والبصر ظاهر فلا يلحق به)؛ أي: بالعقل، فلا يدخل دية الشجة في دية البصر.

قوله: (قالوا)؛ أي: المشايخ (ينبغي أن تجب الدية)؛ أي: على قول أبي حنيفة (في الموضحة والعينين).

(وقالوا)؛ أي: المشايخ (ينبغي أن تجب الدية في العينين)؛ أي: على قولهما.

وإنما كرر لفظ (قالوا)؛ لأن الأول في قول أبي حنيفة، والثاني في قولهما.

قوله: (لا قصاص في شيء من ذلك)؛ أي: باتفاق أصحابنا.

وقال الشافعي، ومالك، وأحمد: لم يسقط القود عن الإصبع؛ لأنه عمد يمكن اعتبار المساواة فيه. ولا يجب القصاص في الباقي في قول من الشافعي، وفي رواية عن أحمد.

قوله: (فاسودَّ ما بقي) وكذا لَوِ اخْضرَّ.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَلَمْ يَحْكِ خِلَافًا، وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي السِّنِّ كُلِّهِ (وَلَوْ قَالَ: اقْطَعِ المِفْصَلَ وَاتْرُكْ مَا يَبِسَ، أَوْ اكسِرِ القَدْرَ المَكْسُورَ وَاتْرُكِ البَاقِيَ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ) لِأَنَّ الفِعْلَ فِي نَفْسِهِ مَا وَقَعَ مُوجِبًا لِلْقَوَدِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ شَجَّهُ مُنَقِّلَةً فَقَالَ: أَشُجُّهُ مُوضِحَةً وأَتْرُكُ الزِّيَادَةَ. لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ: أَنَّ الفِعْلَ فِي مَحَلَّيْنِ، فَيَكُونُ جِنَايَتَيْنِ مُبْتَدَأَتَيْنِ، فَالشُّبْهَةُ فِي إِحْدَاهُمَا لَا تَتَعَدَّى إِلَى الأُخْرَى، كَمَنْ رَمَى إِلَى رَجُلٍ عَمْدًا، فَأَصَابَهُ، وَنَفَذَ مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ فَقَتَلَهُ، يَجِبُ القَوَدُ فِي الأَوَّلِ، وَالدِّيَةُ فِي الثَّانِي.

قوله: (وينبغي أن تجب الدية في السن كله): وبه قال مالك، وأحمد في رواية، والشافعي في قول، [وأكثر][(١)] أهل العلم.

وفي الفوائد الشاهية، والجامع الحسامية: وينبغي أن تجب حكومة العدل في السن كله. وهذه رواية مخالفة لرواية الكتاب، وبه قال أحمد في رواية، والشافعي في قول إن لم يذهب نفعها، وهو المختار عند أصحاب الشافعي.

قوله: (لهما في الخلافية)؛ وهو ما إذا شج موضحة فذهبت عيناه.

(أن الفعل في محلين)؛ يعني: الجناية إذا وقعت في محلين متباينين حقيقة، فوجوب المال في أحدهما؛ لا يمنع وجود القود في الآخر، وهو قول الأئمة الثلاثة أيضًا. ومتى وقعت على محل واحد، وأتلفت شيئين: أحدهما يوجب القود، والآخر يوجب المال؛ يجب المال بلا خلاف من أصحابنا، خلافا للأئمة الثلاثة، فهما يقولان: وقعت الجناية على محلين متباينين؛ إذ بينهما حائل، وأخذ حكم فعلين كل واحد منهما مبتدأ، فلم تبعد الشبهة من أحدهما إلى الآخر، كما لو رمى سهمًا إلى إنسان [٢/ ٤٨٨/ ب] فنفذ منه إلى الآخر؛ يجب القود في الأول، والدية في الثاني.

وكمن قطع إصبعًا فاضطربت السكين، فأصابت إصبعًا أخرى خطأ منه؛ فإنه يقتص في الأولى بالإجماع دون الثانية. بخلاف السن إذا اسودَّ ما بقي منها، أو الإصبع إذا شُلَّ ما بقي منها، وشلت اليد كلها؛ لاتحاد المحل؛ لأن ذلك بمنزلة شيء واحد.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

وَلَهُ: أَنَّ الجِرَاحَةَ الأُولَى سَارِيَةٌ، وَالجَزَاءُ بِالمِثْلِ، وَلَيسَ فِي وُسْعَةِ السَّارِي فَيَجِبُ المَالُ، وَلِأَنَّ الفِعْلَ وَاحِدٌ حَقِيقَةً وَهُوَ الحَرَكَةُ القَائِمَةُ، وَكَذَا المَحَلُّ مُتَّحِدٌ مِن وَجْهٍ لِاتِّصَالِ أَحَدِهِمَا بِالآخِرِ فَأَوْرَثَتْ نِهَايَتُهُ شُبْهَةَ الخَطَأِ فِي البِدَايَةِ، بِخِلَافِ النَّفْسَيْنِ، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيسَ مِن سِرَايَةِ صَاحِبِهِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَعَ السِّكِّينُ عَلَى الأُصْبُعِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِعْلًا مَقْصُودًا.

قَالَ: (وَإِنْ قَطَعَ أُصْبُعًا فَشُلَّتْ إِلَى جَنْبِهَا أُخْرَى، فَلَا قِصَاصَ فِي شَيْءٍ مِن ذَلِكَ)

(وله)؛ أي: لأبي حنيفة (أن الجزاء بالمثل، والجراحة الأولى سارية، وليس في وسعة الساري؛ فيجب المال).

ولأن سراية الفعل مع ابتداء الفعل كشيء واحد، فإن السراية لا تنفصل عن الجناية، وقد اتحد المحل من وجه، بواسطة اتصال أحدهما بالآخر، فإذا لم يكن آخر الفعل موجبًا للقود؛ لا يكون أوله أيضًا موجبًا للقود؛ لأنه بالنظر إلى الابتداء إن كان عمدًا، فبالنظر إلى الانتهاء خطأ، فصار خطأ من وجه دون وجه، فلا يكون موجبًا للقود للشبهة.

بخلاف التفسير؛ لأن أحدهما ليس من سراية الآخر، ولا يتصور سراية الفعل من شخص إلى شخص، ويتصور ذلك في شخص واحد. بخلاف السكين إذا اتصل إلى إصبع أخرى؛ لأن القطع في الإصبع الأخرى ليس من أثر الفعل الأول، بل الفعل عليه مقصودًا، فينفرد بحكمه؛ يعني: أن القطع في الإصبع الأخرى لا يقصد من الأولى؛ إذ الخطأ لا يقصد من العمد، ولا يمكن أن يجعل القطع الثاني تتمة للأول، فلا يورث شبهة. كذا قاله فخر الإسلام، وصاحب الإيضاح.

وذكر في النهاية: وبهذا يعلم أن فيما قاله في الكتاب ليس مقصودًا نظر، وأن الصواب فيما ذكره فخر الإسلام وصاحب الإيضاح.

أجيب عن كلامه: ما ذكره في الكتاب من حيث المعنى، والتأويل ما قالاه، فيكون صحيحًا؛ لما قلنا: إن الضمير في (لأنه) رجع إلى القطع في إصبع أخرى.

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا وَزُفَرُ وَالحَسَنُ: يُقْتَصُّ مِن الأُولَى، وَفِي الثَّانِيَةِ أَرْشُهَا .وَالوَجْهُ مِن الجَانِبَيْنِ قَدْ ذَكَرْنَاهُ. وَرَوَى ابْنُ سِمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى ـ وَهُوَ مَا إِذَا شُجَّ مُوضِحَةً فَذَهَبَ بَصَرُهُ ـ: أَنَّهُ يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِمَا، لِأَنَّ الحَاصِلَ بِالسَّرَايَةِ مُبَاشَرَةٌ كَمَا فِي النَّفْسِ وَالبَصَرُ يَجْرِي فِيهِ القِصَاصُ، بِخِلَافِ الخِلَافِيَّةِ الأَخِيرَةِ، لِأَنَّ الشَّلَلَ لَا قِصَاصَ فِيهِ، فَصَارَ الأَصْلُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ: أَنَّ سِرَايَةَ مَا يَجِبُ فِيهِ القِصَاصُ إِلَى مَا يُمْكِنُ فِيهِ القِصَاصُ يُوجِبُ الِاقْتِصَاصَ، كَمَا لَوْ آلَتْ إِلَى النَّفْسِ وَقَدْ وَقَعَ الأَوَّلُ ظُلْمًا. وَوَجْهُ المَشْهُورِ: أَنَّ ذَهَابَ البَصَرِ بِطَرِيقِ التَّسْبِيبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ الشَّجَّةَ بَقِيَتْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا، وَلَا قَوَدَ فِي التَّسْبِيبِ، بِخِلَافِ السِّرَايَةِ ....

قوله: (وقالا وزفر): والصواب من حيث الإعراب أن يقال: (وقالا فيها وزفر)؛ لما أن العطف على الضمير المرفوع المتصل لا يحسن بدون الفاصل. وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (قد ذكرناه)؛ أي: آنفا في مسألة: ومن شجه فذهب عيناه.

قوله: (يجب القصاص فيهما)؛ أي: في الشجة وذهاب البصر. وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية، كما ذكرنا.

فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة، وبين ذهاب السمع منها؛ لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود، بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه؛ لا يجب القود؛ لتعذر المساواة. بخلاف البصر؛ فإن ذهابه لو كان بفعل مقصود يجب القود؛ لإمكان المساواة، فكذلك في سراية الموضحة.

قوله: (بخلاف الخلافية الأخيرة)؛ وهي قطع إصبع فشلت أخرى إلى جنبها.

(ووجه المشهور)؛ أي: القول المشهور من محمد (أن ذهاب البصر طريق التسبيب) فإن الفعل الأول بقيت شجة على ما كانت، حتى يجب أرشها.

ولا قود في التسبيب عندنا وأكثر أهل العلم، إلا في رواية عن مالك، وعن الشافعي في قول.

(بخلاف السراية) فإن الشجة تصير قتلًا بالسراية، ولم تبق شجة.

إِلَى النَّفْسِ، لِأَنَّهُ لَا تَبْقَى الأُولَى فَانْقَلَبَتْ الثَّانِيَةُ مُبَاشَرَةً.

قَالَ: (وَلَوْ كَسَرَ بَعْضَ السِّنِّ فَسَقَطَتْ، فَلَا قِصَاصَ) إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ ابْنِ سِمَاعَةَ (وَلَوْ أَوْضَحَهُ مُوضِحَتَيْنِ فَتَآكَلَتَا، فَهُوَ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ هَاتَيْنِ).

قَالَ: (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ رَجُلٍ، فَنَبَتَتْ مَكَانَهَا أُخْرَى: سَقَطَ الأَرْشُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيْهِ الأَرْشُ كَامِلًا)(*) لِأَنَّ الجِنَايَةَ قَدْ تَحَقَّقَتْ، وَالحَادِثُ نِعْمَةٌ مُبْتَدَأَةٌ مِن اللَّهِ تَعَالَى. وَلَهُ: أَنَّ الجِنَايَةَ انْعَدَمَتْ مَعْنًى، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَلَعَ سِنَّ صَبِيٍّ فَنَبَتَتْ، لَا يَجِبُ الأَرْشُ بِالإِجْمَاعِ، ....

قوله: (فتآكلتا)؛ أي: صارتا واحدة (فهو على الروايتين) فعلى الرواية المشهورة: لا قصاص. وعلى رواية ابن سماعة: يقتص منهما وهما موضحتان.

قوله: (سقط الأرش في قول أبي حنيفة): وإن كان أخذها ردها. وبه قال أحمد، والشافعي في قول.

وقالا: لا يسقط، ولم يرد شيئًا لو أخذها. وبه قال مالك، والشافعي في قول؛ لأن الجناية قد وجدت، والعادة عدم العود. بخلاف سن الصبي؛ فإنها بعرضية النبات، ولهذا قيل: [يتأنى](١) في سن الصبي حولًا دون البالغ؛ لأن الغالب في سن البالغ عدم النبات، فإن عاد كانت هبة من الله.

(ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن الجناية انعدمت معنى)؛ لأنه عاد مكانها مثل التي قلعت، فلم يجب شيء (كما إذا قلع سن صبي فنبتت؛ لا يجب الأرش بالإجماع).

وفي الحلية، والمغني لابن قدامة(٢): وضع المسألة فيمن ثغر سنه؛ أي: سقطت رواضعه ثم نبتت، يقال لمن سقطت رواضعه: ثغر سنه، فهو مثغور، وإذا نبتت؛ قيل: اتَّغر واثَّغر لغتان. كذا في الصحاح(٣).

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) المغني لابن قدامة (٨/ ٣٣٢).
(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٢/ ٦٠٥).

لِأَنَّهُ لَمْ يَفُتْ عَلَيْهِ مَنْفَعَةٌ وَلَا زِينَةٌ (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ) لِمَكَانِ الأَلَمِ الحَاصِلِ (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ غَيْرِهِ، فَرَدَّهَا صَاحِبُهَا فِي مَكَانِهَا وَنَبَتَ عَلَيْهِ اللَّحْمُ، فَعَلَى القَالِعِ الأَرْشُ بِكَمَالِهِ) لِأَنَّ هَذَا مِمَّا لَا يُعْتَدُّ بِهِ، إذ العُرُوقُ لَا تَعُودُ (وَكَذَا إِذَا قَطَعَ أُذُنَهُ فَأَلْصَقَهَا فَالتَحَمَتْ) لِأَنَّهَا لَا تَعُودُ إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ.

وفي النهاية: أطلق الرواية ولم يقيدها بالخطأ والعمد.

وفي الذخيرة: يدل على أن هذا الحكم في العمد والخطإ سواء، مع أن القصاص يجري في السن في الكبير والقلع؛ لأنه ذكر فيها.

وفي المنتقى: إذا كسر من سن رجل طائفة منها؛ انتظر بها حولًا، فإذا تم الحول ولم يثغر؛ فعليه القصاص، يبرد بالمبرد بقدره.

ولو نبت نصف سنها؛ فعليه [٢/ ٤٨٩/ أ] نصف أرشها. رواه الحسن عن أبي حنيفة.

ولو نبتت بيضاء تامة، ثم نزعها آخر؛ ينتظر سنة، فإن نبت، وإلا اقتص منه، ولا شيء على الأول.

(**وعن أبي يوسف**) إلى آخره: رواه بن أبي مالك عن أبي يوسف (**أنه تجب حكومة عدل**) وهو أرش الألم، يقوم وبه هذا الألم، ويقوم بلا ألم، فكم ينتقص به فيجب بقدره.

قوله: (**فعلى القالع الأرش بكماله**): وبه قال الشافعي، وأحمد في رواية القاضي.

وقال أحمد في رواية: لم تجب الدية، وعليه الحكومة لنقصانها.

قال شيخ الإسلام: هذا إذا لم تعد إلى حالها الأولى بعد النبات في المنفعة والجمال، والغالب أن لا تعود إلى تلك الحالة؛ لأن المقلوع لا يلتزق بالعصب والعروق في الغالب، فيكون وجود النبات وعدمه بمنزلة. فأما لو تصور عود الجمال والمنفعة بالإنبات؛ لا يجب على القالع، كما لو نبتت السن المقلوعة. كذا في الذخيرة.

(**وكذا إذا قطع أذنه**) إلى آخره: فعندنا على القاطع الأرش كاملة، وبه قال

(وَمَنْ نَزَعَ سِنَّ رَجُلٍ، فَانْتَزَعَ الْمَنْزُوعَةُ سِنُّهُ سِنَّ النَّازِعِ، فَنَبَتَتْ سِنُّ الْأَوَّلِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ لِصَاحِبِهِ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ اسْتَوْفَى بِغَيْرِ حَقٍّ، لِأَنَّ الْمُوجِبَ فَسَادُ الْمَنْبَتِ وَلَمْ يَفْسُدْ، حَيْثُ نَبَتَ مَكَانَهَا أُخْرَى، فَانْعَدَمَت الْجِنَايَةُ، وَلِهَذَا يُسْتَأْنِي حَوْلًا بِالْإِجْمَاعِ، ....

الشافعي في قول، وأحمد في رواية.

وقال الشافعي، وأحمد في رواية أخرى: تجب الحكومة ولا تجب الدية؛ لقيام نفعها وجمالها بعد الالتحام، فإن نفعها جمع الصوت، ومنع دخول الهوام والماء في صماخه، وهذا باق بعد شللها والتحامها.

ولنا: ما ذكرنا في السن: أن الالتحام وعدمها سواء (لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه).

قوله: (فعلى الأول)؛ أي: المنزوعة سنه أولًا (لصاحبه)؛ وهو الجاني عليه (نصف دية السن) وبه قال الشافعي في قول، وأحمد.

وفي قول آخر: هو هبة مبتدأة، فلا يجب شيء، وهو قياس قول مالك.

وفي جامع المحبوبي: هذا إذا نبت السن المنزوعة كالأول، فإن نبت معوجًّا؛ تجب حكومة العدل.

قوله: (يستأنى حولًا)[1]: يؤجل.

الاستيناء: الانتظار، ويقال: استأنيت به؛ أي: انتظرته، ومنه تستأنى الجراحات؛ أي: ينتظر مآلها.

وأصله: من أنى يأني[2]؛ أي: حان.

وقوله: (بالإجماع) يخالف رواية التتمة؛ فإنه ذكر فيها: أن سن البالغ إذا سقط؛ ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح؛ لأن نبات سن البالغ نادر، فلا يفيد التأجيل، إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش؛ لأنه لا يدرى عاقبته.

---

(١) في الأصل: (حولان) والمثبت من النسخة الثالثة.

(٢) بعدها في الأصل: (إذا) والسياق بدونها أولى.

وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُنْتَظَرَ اليَأْسُ فِي ذَلِكَ لِلْقِصَاصِ، إِلَّا أَنَّ فِي اعْتِبَارِ ذَلِكَ تَضْيِيعَ الحُقُوقِ، فَاكْتَفَيْنَا بِالحَوْلِ، لِأَنَّهُ تَنْبُتُ فِيهِ ظَاهِرًا، فَإِذَا مَضَى الحَوْلُ وَلَمْ تَنْبُتْ، قَضَيْنَا بِالقِصَاصِ، وَإِذَا نَبَتَتْ تَبَيَّنَ أَنَّا أَخْطَأْنَا فِيهِ، وَالِاسْتِيفَاءُ كَانَ بِغَيْرِ حَقٍّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ القِصَاصُ لِلشُّبْهَةِ فَيَجِبُ المَالُ. قَالَ: (وَلَوْ ضَرَبَ إِنْسَانٌ سِنَّ إِنْسَانٍ، فَتَحَرَّكَتْ، يَسْتَأْنِي حَوْلًا) لِيَظْهَرَ أَثَرُ فِعْلِهِ (فَلَوْ أَجَّلَهُ القَاضِي سَنَةً، ثُمَّ جَاءَ المَضْرُوبُ، وَقَدْ سَقَطَتْ سِنُّهُ، فَاخْتَلَفَا قَبْلَ السَّنَةِ فِيمَا سَقَطَ بِضَرْبِهِ، فَالقَوْلُ لِلْمَضْرُوبِ) لِيَكُونَ التَّأْجِيلُ مُفِيدًا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا شَجَّهُ مُوضِحَةً، فَجَاءَ وَقَدْ صَارَتْ مُنَقِّلَةً فَاخْتَلَفَا، ....

وفي الذخيرة، والمحيط: مطلق الاستيناء قول بعض المشايخ في الصغير والكبير؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**فِي الجِنَايَاتِ كُلِّها يُستأنَى حَوْلًا**».

وإنما قدر بالحول؛ لأنه مشتمل على الفصول الأربعة، فلعل فصلًا من الفصول الأربعة يوافق طبع المجروح، فتبرأ جراحته وتلتئم، أو يخالفه فيموت.

وفي المجرد: عن أبي حنيفة: لو نزع سِنًّا؛ ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينًا من النازع، ثم يؤجله سنة من يوم النزع، فإذا مضت ولم تنبت؛ اقتص منه.

قال هشام لمحمد فيمن ضرب سن رجل فسقط: انتظرها حولًا لعلها تنبت، قال: لا، فقلت: واحد من إخوانك ينتظر، قال: إنما ذلك إذا تحركت.

قوله: (**فاختلفا قبل السنة فيما سقط**)؛ أي: اختلفا في سبب السقوط، قال الضارب: سقطت بضرب غيري، وقال المجني عليه: بل بضربتك (**فالقول للمضروب**) وبه قال الشافعي في الأصح، وأحمد.

(**ليكون التأجيل مفيدًا**)؛ يعني: لو لم يقبل قوله؛ كان التأجيل وعدمه سواء؛ إذ التأجيل لظهور [عاقبة][1] الأمر، فلو لم يقبل قول المضروب؛ كان التأجيل وعدمه سواء.

قوله: (**فاختلفا**)؛ أي: قال المشجوج: صارت منقلة من ضربتك، وأنكر الضارب.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَ الضَّارِبِ، لِأَنَّ المُوضِحَةَ لَا تُورِثُ المُنَقِّلَةَ، أَمَّا التَّحْرِيكُ فَيُؤَثِّرُ فِي السُّقُوطِ، فَافْتَرَقَا (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ بَعْدَ السَّنَةِ، فَالقَوْلُ لِلضَّارِبِ) لِأَنَّهُ يُنْكِرُ أَثَرَ فِعْلِهِ وَقَدْ مَضَى الأَجَلُ الَّذِي وَقَّتَهُ القَاضِي لِظُهُورِ الأَثَرِ، فَكَانَ القَوْلُ لِلْمُنْكِرِ (وَلَوْ لَمْ تَسْقُطْ، لَا شَيْءَ عَلَى الضَّارِبِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ تَجِبُ حُكُومَةُ الأَلَمِ، وَسَنُبَيِّنُ الوَجْهَيْنِ بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَوْ لَمْ تَسْقُطْ، وَلَكِنَّهَا اسْوَدَّتْ، يَجِبُ الأَرْشُ فِي الخَطَإِ عَلَى العَاقِلَةِ، وَفِي العَمْدِ فِي مَالِهِ، وَلَا يَجِبُ

وذكر في المبسوط: الاختلاف في اسوداد السن، فقال الضارب: اسودت من ضربة حدثت، وكذبه المضروب؛ فالقول للمضروب مع يمينه[1].

والأصح: أن القول للضارب؛ لأنه ينكر السبب الموجب للضمان، فإن الضربة بنفسها لا توجب الضمان ما لم يكن سواد السن من تلك الضربة، فإنكاره حدوث السواد بها؛ كإنكاره أصل الضرب. وبه قال الشافعي في قول.

قوله: **(وعن أبي يوسف: أنه تجب حكومة الألم)**: وفي بعض النسخ: (وعن أبي حنيفة) مكان أبي يوسف، والأول أصح؛ لأنه ذكر في الذخيرة وغيرها قول أبي يوسف في هذا الموضع.

(وسنبين الوجهين)؛ وهما وجه **قوله**: **(لا شيء على الضارب)**.

ووجه حكومة الألم والموعود فيما بعد هذا، هو قوله: (سقط الأرش عند أبي حنيفة) إلى آخره.

قوله: **(يجب الأرش في الخطأ على العاقلة، وفي العمد في ماله)**: وبه قال مالك، وأحمد في رواية، والشافعي في قول، وهو قول ابن المسيب، والحسن، وابن سيرين، وشريح، والزهري [٢/ ٤٨٩/ب]، والنخعي، والثوري، والليث، وعبد الملك بن مروان، وعبد العزيز بن أبي سلمة.

وعن أحمد في رواية: إن ذهب منفعتها من المضغ ونحوه؛ ففيها ديتها، وإلا ففيها حكومة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٩٨).

القِصَاصُ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَضْرِبَهُ ضَرْبًا تَسْوَدُّ مِنْهُ (وَكَذَا إِذَا كَسَرَ بَعْضَهُ وَاسْوَدَّ البَاقِي) لَا قِصَاصَ لِمَا ذَكَرْنَا (وَكَذَا لَو احْمَرَّ أَو اخْضَرَّ) وَلَو اصْفَرَّ: فِيهِ رِوَايَتَانِ.

وقال الشافعي في قول - وهو المختار عند أصحابه -: إنه [إن][1] لم تذهب منفعتها فلم يحمل[2] ديتها، كما لو اصفرت.

ولنا: قول زيد بن ثابت، ولم يعرف له مخالف في الصحابة، فكان إجماعًا.

ولأنه أذهب الجمال على الكمال، فتجب ديتها، كما لو قطع أذن الأصم وأنف الأخشم.

وقوله: **(لما ذكرنا)**؛ إشارة إلى قوله: **(لأنه لا يمكنه أن يضرب ضربًا تسود)**.

قوله: (وكذا لو احمرَّ أو اخضرَّ)؛ أي: لا قصاص، بل يجب الأرش في الخطأ على العاقلة، وفي العمد في ماله.

وقالت الأئمة الثلاثة: تجب الحكومة في الاصفرار والاحمرار؛ لأنه لم يزل الشين بالكمال. وفي الاخضرار كذلك عند الشافعي، ومالك، وأحمد في رواية.

وعن أحمد في رواية: يكون كالأسود.

وقال أشهب المالكي: فيما إذا كسر بعضه واسود الباقي؛ ففيه ثلاثة أرباع ديتها.

وفي الاصفرار اختلف مشايخنا؛ قال بعضهم: يجب كمال الأرش، كما في الاسوداد والاحمرار.

وقال بعضهم: تجب الحكومة، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنه لم يفوت جنس السن، ولا فوت الجمال على الكمال؛ لأن الصفرة قد تكون في لون الأسنان، إلا أن فيه نوع نقص، فتجب الحكومة، بخلاف الخضرة والحمرة

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (يكمل) والمثبت من النسخة الثالثة.

قَالَ: (وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَالتَحَمَتْ، وَلَمْ يَبْقَ لَهَا أَثَرٌ، وَنَبَتَ الشَّعْرُ: سَقَطَ الأَرْشُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِزَوَالِ الشَّيْنِ المُوجِبِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَرْشُ الأَلَمِ، وَهُوَ حُكُومَةُ عَدْلٍ، لِأَنَّ الشَّيْنَ إِنْ

والسواد، حيث لا يكون في الأسنان بحال، فيكون مفوتًا للجمال على الكمال، فيجب الأرش كمالًا.

وفي المبسوط للسرخسي: لو اصفرَّتْ؛ روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن فيها الحكومة. وذكر هشام عن محمد عن أبي حنيفة قال: لا يجب شيء[١].

وفي المملوك تجب الحكومة، وعند محمد فيها الحكومة، وهو قول أبي يوسف؛ لأن الجمال على الكمال في بياض السن، وبالصفرة ينقص معنى الجمال، ولهذا تجب في المملوك الحكومة، فكذا في الحر.

ولأبي حنيفة: أن الصفرة من ألوان السن، فلا يكون دليل فوت السن. بخلاف السواد؛ فإنه دليل فوته، والمطلوب من السن في الأحرار المنفعة، وهي قائمة بالاصفرار، وفي المملوك المطلوب المالية، وتنتقص المالية بالصفرة.

وفي الذخيرة: أوجب محمد كمال الأرش في الاسوداد، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى، أو من العوارض التي ترى.

قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل، إن كان السن من الأضراس التي لا ترى، إن فاتت منفعة المضغ بالاسوداد [يجب كمال الأرش، وإلا تجب الحكومة. ولو كان السن من العوارض التي ترى وتظهر من الأسنان؛ يجب كمال الأرش بالاسوداد][٢] وإن لم تفت منفعته؛ لأنه فوت جمالًا على الكمال.

قوله: (وقال أبو يوسف: يجب أرش الألم، وهو حكومة).

قال الطحاوي: عن أبي يوسف أنه قال: تجب حكومة العدل، ثم قال: أي أجر العلاج وأجر الطبيب، وقد بينا فيه قول الأئمة الثلاثة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨١).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

زَالَ فَالأَلَمُ الحَاصِلُ مَا زَالَ فَيَجِبُ تَقْوِيمُهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ أُجْرَةُ الطَّبِيبِ(*)، لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَهُ الطَّبِيبُ وَثَمَنُ الدَّوَاءِ بِفِعْلِهِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ أَخَذَ ذَلِكَ مِن مَالِهِ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَقُولُ: إِنَّ المَنَافِعَ عَلَى أَصْلِنَا لَا تَتَقَوَّمُ إِلَّا بِعَقْدٍ أَوْ بِشُبْهَةٍ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّ الجَانِي فَلَا يَغْرَمُ شَيْئًا.

قَالَ: (وَمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا مِائَةَ سَوْطٍ فَجَرَحَهُ، فَبَرِئَ مِنْهَا، فَعَلَيْهِ أَرْشُ الضَّرْبِ) مَعْنَاهُ: إِذَا بَقِيَ أَثَرُ الضَّرْبِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَبْقَ أَثَرُهُ فَهُوَ عَلَى الخْتِلَافِ قَدْ مَضَى فِي الشَّجَّةِ المُلْتَحِمَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطأً، ثُمَّ قَتَلَهُ خَطأً قَبْلَ البُرْءِ، فَعَلَيْهِ الدِّيَةُ، وَسَقَطَ عَنْهُ أَرْشُ اليَدِ) ....

(فصار كأنه)؛ أي: الضارب (أخذ ذلك القدر من مال المضروب) وأعطاه إلى الطبيب، فيكون مضطرًّا في الإنفاق على الجراحة.

قوله: (أو بشبهة)؛ أي: بشبهة العقد، كما في الإجارة الفاسدة والمضاربة، ولم يوجد العقد ولا شبهه (فلا يغرم شيئًا) كما لو لطمه وأولمه. ولا يجوز أن يضمن قدر ما أنفق؛ لأنه أنفق مختارًا.

وما قال محمد أنه مضطر؛ فليس كذلك؛ لأن السراية قد تكون وقد لا تكون، فلا يثبت الاضطرار بالوهم. كذا في مبسوط بكر.

قوله: (فجرحه فبرِئ): قيد بالجرح؛ إذ لو لم يجرحه لا يجب شيء أصلًا بلا خلاف. ذكره الكساني.

(فهو على الاختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة) يسقط الأرش ويجب أرش الألم عند أبي يوسف، وأجر الطبيب عند محمد.

قوله: (ثم قتله خطأً قبل البرء)؛ أي: خطأ.

قوله: (وسقط عنه أرش اليد): وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وعن بعض أصحاب الشافعي: تجب دية الأطراف المقطوعة، ودية النفس؛

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

لِأَنَّ الجِنَايَةَ مِن جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَالمُوجَبُ وَاحِدٌ، وَهُوَ الدِّيَةُ، وَإِنَّهَا بَدَلُ النَّفْسِ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، فَدَخَلَ الطَّرَفُ فِي النَّفْسِ كَأَنَّهُ قَتَلَهُ ابْتِدَاءً.

قَالَ: (وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا جِرَاحَةً، لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ حَتَّى يَبْرَأَ) ....

لأنه صار بالقطع[1] كالمستقر، فصار كما لو قتله بعد البرء.

وقلنا: الجناية من جنس واحد، من حيث إنهما خطأ، فصار كأنه سرى إلى النفس، والقتل يكون متممًا كما بينا.

قوله: (لم يقتص منه حتى يبرأ): وبه قال مالك، وأحمد، وأكثر أهل العلم.

قال ابن المنذر: كل من يحفظ منه العلم يرى الانتظار؛ لما روي[2] أن رجلًا طعن رجلا بقرنٍ في ركبته، فقال: يا رسول الله، أَقِدْني؛ فقال عليه الصلاة والسلام: «حتّى تَبْرَأَ»[3] فأبَى وعجَّلَ، فاستقادَ له رسول الله ﷺ.

ولأن القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية إلى النفس، فوجب أن يملك الاقتصاص، كما لو برأ.

ولنا: ما روى جابر أنه ﷺ «**نهى أن يُستقَادَ من الجارحِ حتى يبرأَ المجروحُ**»[4]، والنهي يقتضي التحريم.

ولأن [٢/ ٤٩٠/أ] المعتبر في الجراحات مآلها، فلا يدرى في الحال أنه قتل أم قطع، فينبغي أن ينتظر ليعلم الواجب فيه.

وأما حديثه: فقد رواه الدارقطني بإسناده، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن

---

(١) كذا بالأصل، وفي النسخة الثالثة: (بالقتل).
(٢) في الأصل: (أدى) ولعل المثبت الصواب.
(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٢١٧ برقم ٧٠٣٤)، والدارقطني (٤/ ٧١ برقم ٣١١٤) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
(٤) أخرجه الدارقطني (٤/ ٧١ برقم ٣١١٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.
قال الزَّيلعيُّ: في إسناده عبد الله بن عبد الله الأموي، وقد روى له ابن ماجه حديثًا واحدًا، وذكره ابن حِبَّان في الثقات، وقال: يخالف في روايته. وقال العُقَيْليُّ: لا يتابع على حديثه، ولا نعلم روى عنه غير ابن كَاسِب. نصب الراية (٤/ ٣٧٩).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُقْتَصُّ مِنْهُ فِي الحَالِ، اعْتِبَارًا بِالقِصَاصِ فِي النَّفْسِ، وَهَذَا لِأَنَّ المُوجِبَ قَدْ تَحَقَّقَ فَلَا يُعَطَّلُ. وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَسْتَأْنِي فِي الجِرَاحَاتِ سَنَةً» وَلِأَنَّ الجِرَاحَاتِ يُعْتَبَرُ فِيهَا مَآلُهَا لَا حَالُهَا، لِأَنَّ حُكْمَهَا فِي الحَالِ غَيْرُ مَعْلُومٍ، فَلَعَلَّهَا تَسْرِي إِلَى النَّفْسِ، فَيَظْهَرُ أَنَّهُ قَتَلَ، وَإِنَّمَا يَسْتَقِرُّ الأَمْرُ بِالبُرْءِ.

قَالَ: (وَكُلُّ عَمْدٍ سَقَطَ القِصَاصُ فِيهِ بِشُبْهَةٍ، فَالدِّيَةُ فِي مَالِ القَاتِلِ، وَكُلُّ أَرْشٍ وَجَبَ بِالصُّلْحِ، فَهُوَ فِي مَالِ القَاتِلِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَعْقِلُ العَوَاقِلُ عَمْدًا» الحَدِيثُ. وَهَذَا عَمْدٌ، غَيْرَ أَنَّ الأَوَّلَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ

جده، وفيه: ثم جاء الثالثة فقال: يا رسول الله، عَرِجْتُ؛ فقال ﷺ: «**نَهيتُكَ فعصَيْتَني، فأبعدَكَ اللهُ وبَطَلَ عَرَجُكَ**»[١]، ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه، وهذه زيادة يجب قبولها، فدلّت على نسخ جواز الاستيقاد قبل البرء.

وما قاسه رد المختلف على المختلف، فيمنع.

فعلى هذا الاختلاف: لو سرى الجرحان[٢] فماتا؛ فهو هدر عند مالك، وأحمد.

وعندنا: يجب ضمان كل واحد على صاحبه، ثم يتقاصّان.

وعند الشافعي: إن مات المجني عليه أولًا، ثم مات الجاني؛ كان قصاصًا، فلا يجب شيء. وكذا لو مات الجاني أولًا في أحد الوجهين.

وفي وجه آخر: دم الجاني هدر، ولولي المجني عليه نصف الدية. كذا في المغني لابن قدامة[٣].

قوله: (الحديث): آخر الحديث: «**لَا تَعقِلُ العَوَاقِلُ عمدًا ولَا عبدًا ولَا صُلحًا ولَا اعترافًا**»[٤].

(غير أن الأول)؛ وهو عمد سقط فيه القصاص لشبهة.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في الأصل والثالثة: (الجرجين) والصواب المثبت.
(٣) المغني لابن قدامة (٨/ ٣٤١).
(٤) سبق تخريجه.

بِالقَتْلِ ابْتِدَاءً، فَأَشْبَهَ شِبْهَ العَمْدِ، وَالثَّانِي يَجِبُ حَالًّا، لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالعَقْدِ، فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ. قَالَ: (وَإِنْ قَتَلَ الأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا، فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: تَجِبُ حَالَّةً، لِأَنَّ الأَصْلَ، أَنَّ مَا يَجِبُ بِالإِتْلَافِ يَجِبُ حَالًّا، وَالتَّأْجِيلُ لِلتَّخْفِيفِ فِي الخَاطِئِ وَهَذَا عَامِدٌ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ، وَلِأَنَّ المَالَ وَجَبَ جَبْرًا لِحَقِّهِ، وَحَقُّهُ فِي نَفْسِهِ حَالٌّ، فَلَا يَنْجَبِرُ بِالمُؤَجَّلِ. وَلَنَا: أَنَّهُ مَالٌ وَاجِبٌ بِالقَتْلِ، فَيَكُونُ مُؤَجَّلًا كَدِيَةِ الخَطَإِ، وَشِبْهِ العَمْدِ، وَهَذَا لِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى تَقَوُّمَ الآدَمِيِّ بِالمَالِ لِعَدَمِ التَّمَاثُلِ، وَالتَّقْوِيمُ ثَبَتَ بِالشَّرْعِ، وَقَدْ وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلًا لَا مُعَجَّلًا، فَلَا يَعْدُلُ عَنْهُ لَا سِيَّمَا إِلَى زِيَادَةٍ، وَلَمَّا لَمْ يَجُزْ التَّغْلِيظُ بِاعْتِبَارِ العَمْدِيَّةِ قَدْرًا لَا يَجُوزُ وَصْفًا (وَكُلُّ جِنَايَةٍ اعْتَرَفَ بِهَا الجَانِي فَهِيَ فِي مَالِهِ، وَلَا يَصْدُقُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الإِقْرَارَ لَا يَتَعَدَّى المُقِرَّ، لِقُصُورِ وِلَايَتِهِ عَنْ غَيْرِهِ: فَلَا يَظْهَرُ فِي

(وقال الشافعي: تجب حالّةً).

وقال مالك، وأحمد: لأن القود سقط شرعًا إلى بدل[1]، ليكون ذلك البدل حالًا، كما في الصلح على مال؛ وهذا لأن الأصل أن ضمان المتلف على المتلف حالًا، كما في سائر المتلفات، والتأجيل في الدية في الخطأ يثبت تخفيفًا على الجاني وعلى عاقلته، والعامد لا يستحق ذلك التخفيف.

قوله: (لا سيما إلى زيادة) وهي المعجل؛ لأن المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية؛ ألا ترى أن في العرف يشترى الشيء بالنسيئة أكثر مما يشترى بالنقد، وإيجاب المال حالًا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع. كذا في المبسوط[2].

قوله: (فالزيادة)؛ وهو الزيادة على الدية بالإجماع.

(لا يجوز وصفًا)؛ أي: من حيث الوصف؛ إذ المعجل زائد من حيث الوصف؛ لأن الوصف تبع للقدر.

قوله: (لما روينا)؛ وهو قوله ﷺ: «وَلَا اعْتِرافًا»[3].

---

(١) في الأصل: (بلد) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٩٢).
(٣) سبق تخريجه.

حَقِّ العَاقِلَةِ. قَالَ: (وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ خَطأٌ، وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ جِنَايَةٍ مُوجَبُهَا خَمْسُمِائَةٍ فَصَاعِدًا، وَالمَعْتُوهُ كَالمَجْنُونِ)، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: عَمْدُهُ عَمْدٌ حَتَّى تَجِبَ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ حَالَّةً، لِأَنَّهُ عَمْدٌ حَقِيقَةً، إذ العَمْدُ هُوَ القَصْدُ غَيْرَ أَنَّهُ تَخَلَّفَ عَنْهُ أَحَدُ حُكْمَيْهِ وَهُوَ القِصَاصُ فَيَنْسَحِبُ عَلَيْهِ حُكْمُهُ الآخَرُ، وَهُوَ الوُجُوبُ فِي مَالِهِ، وَلِهَذَا تَجِب الكَفَّارَةُ بِهِ، وَيَحْرُمُ عَن المِيرَاثِ عَلَى أَصْلِهِ، لِأَنَّهُمَا يَتَعَلَّقَانِ بِالقَتْلِ، وَلَنَا: مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ جَعَلَ عَقْلَ المَجْنُونِ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَقَالَ: عَمْدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ، وَلِأَنَّ الصَّبِيَّ مَظِنَّةُ المَرْحَمَةِ، وَالعَاقِلُ الخَاطِئُ لَمَّا اسْتَحَقَّ التَّخْفِيفَ حَتَّى وَجَبَتْ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ فَالصَّبِيُّ وَهُوَ أَعْذَرُ أَوْلَى بِهَذَا التَّخْفِيفِ. وَلَا نُسَلِّمُ تَحَقُّقَ العَمْدِيَّةِ، فَإِنَّهَا تَتَرَتَّبُ عَلَى العِلْمِ، وَالعِلْمُ بِالعَقْلِ، وَالمَجْنُونُ عَدِيمُ العَقْلِ، وَالصَّبِيُّ قَاصِرُ العَقْلِ، فَأَنَّى يَتَحَقَّقُ مِنْهُمَا القَصْدُ، وَصَارَ

قوله: (وقال الشافعي: عمده)؛ أي: عمد كل واحد من الصبي والمجنون والمعتوه عمد، وهذا أحد قوليه. وقال في قول: كقولنا. وقال مالك وأحمد كقولنا أيضًا.

(لأنه عمد حقيقة)؛ لأن العمد لغة[١]: القصد، فمن يتحقق منه الخطأ؛ يتحقق منه القصد، وقصده معتبر شرعًا في الجملة، ولهذا يؤدب ويعزر، والتعزير إنما يكون على فعل صدر عمدًا لا خطأ، إلا أنه لا يبتني على هذا القصد حكم القود؛ لقصوره في القصدية، والصبي ليس من أهل العقوبة شرعًا؛ لأنها مبنية على الخطاب، والخطاب عنه موضوع. وهو من أهل الحكم الآخر؛ وهو وجوب الضمان في ماله، كما في غرامات الأموال، فيلزمه ذلك. بمنزلة السرقة؛ فإنه لا يقطع؛ لأنه ليس من أهله؛ لأنه عقوبة، ويجب ضمانه؛ لأنه أهل لذلك (ولهذا تجب الكفارة) جزاء؛ أي: بالمال، ولا يجب الصوم بالإجماع.

قوله: (على أصله)؛ أي: على أصل الشافعي.

---

(١) بعدها في الأصل والثالثة: (ضد) والسياق بدونها أليق، وما أثبتناه موافق للمبسوط (٢٦/ ٨٦).

كَالنَّائِمِ، وَحِرْمَانُ المِيرَاثِ عُقُوبَةٌ، وَهُمَا لَيْسَا مِن أَهْلِ العُقُوبَةِ، وَالكَفَّارَةُ كَاسْمِهَا سَتَّارَةٌ، وَلَا ذَنْبَ تَسْتُرُهُ لِأَنَّهُمَا مَرْفُوعَا القَلَم.

فَصْلٌ في الجَنِينِ

قَالَ: (وَإِذَا ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ، فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيْتًا، فَفِيهِ غُرَّةٌ، وَهِيَ نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ) قَالَ ﷺ: مَعْنَاهُ دِيَةُ الرَّجُلِ، وَهَذَا فِي الذَّكَرِ، وَفِي الأُنْثَى عُشْرُ دِيَةِ المَرْأَةِ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ. وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا يَجِبَ شَيْءٌ، لِأَنَّهُ لَمْ يُتَيَقَّنْ بِحَيَاتِهِ،

فَصْلٌ فِي الجَنِينِ

لما فرغ من أحكام الآدميين من كل وجه؛ شرع في بيان أحكام الآدميين من وجه، وهو الجنين.

والجنين: بمعنى المجنون؛ أي: المستور.

ولما كانت حجتنا في النظر ليست له ذمة صالحة؛ لكونه جزء الآدمي، ولكونه منفردًا بالحياة معدًّا ليكون له نفس[1]؛ له ذمة صالحة، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلًا لوجوب الحق له لا عليه.

غرة المال: خياره، كالفرس والبعير النجيب، والعبد والأمة الفارهة. كذا في المغرب[2].

وفي مبسوط شيخ الإسلام: سمى بدل الجنين غرة؛ لأن الواجب عبد، والعبد يسمى غرة.

وقيل: لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية، وغرة البيع أوله، كما سمي أول الشهر غرة. وسمي وجه الإنسان غرة؛ لأن أول شيء يظهر فيه الوجه.

قوله: (والقياس: أن لا يجب): وفي الذخيرة: وهو قول زفر.

وفي المبسوط: القياس فيه أحد شيئين: إما أن لا يجب فيه شيء؛ لأنه لم يعرف صوته، وفعل القتل يتحقق في الحي، والضمان بالشك لا يتحقق. ولا يقال: الظاهر أنه حي؛ لأن الظاهر لا يصلح للاستحقاق.

---

(١) في الأصل والثالثة: (نفسًا) والصواب المثبت.

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ٣٣٨).

وَالظَّاهِرُ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: «فِي الْجَنِينِ غُرَّةٌ: عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ، قِيمَتُهُ خَمْسُمِائَةٍ» وَيُرْوَى: "أَوْ

أو يجب كمال الدية؛ لأن الضارب منع حدوث صفة الحرية فيه، فيكون كالمزهق للروح، كالولد المغرور؛ فإنه حر بالقيمة؛ لما أنه منع صفة الرق فيه، ولكن ترك القياس بالأثر(١).

وفي جامع المحبوبي: سأل رجل زفر عن هذه، فقال: فيه غرة عبد أو أمة، فقال الرجل: لا يخلو [٢/ ٤٩٠/ب] إما أن يكون الجنين حيًّا نفخ فيه الروح أو لا، فإن كان فعدم بضربه فتجب دية كاملة، وإن لم ينفخ فلم يجب بضربه شيء، فسكت زفر، فقال له السائل: أعتقتك سائبة، فجاء زفر إلى أبي يوسف فسأله، فأجابه أبو يوسف بمثل جوابه، فحاجّه بمثل ما حاجّه السائل، فقال أبو يوسف: التعبد؛ أي: ثابت شرعًا على خلاف القياس؛ فإنه روي أنه عليه الصلاة السلام قال: «**فِي الجَنِينِ غُرَّةٌ عبدٍ أو أمَةٍ قيمَتُهُ خَمسُمائةٍ**»(٢) ففيه دليل على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف؛ لأن بدل الجنين بالاتفاق نصف عشر الدية، وقد قدر ذلك بخمسمائة، وفيه أيضًا دليل على أن الحيوان لا يثبت في الذمة؛ لأنه لما قال: عبد أو أمة وهو خمسمائة؛ علم أنه يجب باعتبار صفة المالية لا مطلقًا. كذا في المبسوط(٣).

وقوله: («**عبدٌ أو أمةٌ**»): بالرفع؛ لأنه صفة الغرة وتفسيرها، ويروى بالإضافة، والأول أحسن.

ولا خلاف لأهل العلم [أن](٤) في جنين الحرة المسلمة غرة؛ لما روى المغيرة، أنه عليه الصلاة السلام «**قضَى بغُرّةٍ عبدٍ أو أمةٍ**»، رواه حين استشار عمر في إملاص المرأة، قال عمر: لتأتين بمن يشهد معك، فشهد له محمد بن مسلمة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٧).
(٢) سبق تخريجه.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٧).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

خَمْسُمِائَةٍ، "فَتَرَكْنَا القِيَاسَ بِالأَثَرِ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ قَدَّرَهَا بِسِتِّمِائَةٍ نَحْوُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ (وَهِيَ عَلَى العَاقِلَةِ) عِنْدَنَا إِذَا كَانَتْ خَمْسَمِائَةٍ دِرْهَمٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ: فِي مَالِهِ، لِأَنَّهُ بَدَلُ الجُزْءِ ....

وحديث أبي هريرة فيمن اقتتلت امرأتان من هذيل(١)، والأحاديث متفق عليه في هذا الباب.

قوله: (وهو)؛ أي: الحديث (**حجة على من قدرها**)؛ أي: الغرة (**بستمائة**) درهم، أو خمسين دينارًا.

فإن قيل: إنه عليه الصلاة السلام قال: «**الغُرَّةُ قيمتُها نِصْفُ عُشْرِ الدّيةِ، خمسٌ مِنَ الإبلِ**» وبه قال أكثر أهل العلم، وروي ذلك عن عمر، وزيد، ومن ذلك لا يلزم أن عشر الدية خمسمائة درهم، حتى تكون حجة على الشافعي، ومالك، وأحمد، ومن تبعهم.

قلنا: ما قلنا منقول نقله العدول، فلا بد من قبوله، فيكون حجة. أو قلنا: يكون حجة على تقدير ثبوته.

(وهي)؛ أي: دية الجنين (**على العاقلة**) وبه قال الشافعي.

وقال أحمد: تحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه، إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد.

وقال مالك: في ماله، وبه قال أحمد إذا كان قتل [الأم عمدًا، أو مات الجنين وحده قتل](٢).

بقوله: (**إذا كانت بخمسمائة درهم**) يحترز عن جنين الأمة إذا كانت لا تبلغ خمسمائة درهم. ولكن هذا لا يصح؛ لأن ما وجب في جنين الأمة في مال الضارب. ذكره في الإيضاح، والذخيرة، وغيرهما.

(**لأنه بدل الجزء**)؛ أي: جزء الأم، فإن الجنين عضو من وجه، حتى لا يُصلّى عليه، ولا يرث ولا يسمى. ونفس من وجه، حتى انقضت العدة به، وتصير أمه أم ولد، فمن حيث إنه عضو لا تجب على العاقلة؛ لأنه دون ثلث

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

وَلَنَا: أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «قَضَى بِالغُرَّةِ عَلَى العَاقِلَةِ»، وَلِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ، وَلِهَذَا سَمَّاهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دِيَةً حَيْثُ قَالَ "دُوهُ" وَقَالُوا: «أَنَدِي مَنْ لَا صَاحَ وَلَا اسْتَهَلَّ» الحَدِيثُ، إِلَّا أَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ مَا دُونَ خَمْسِمِائَةٍ.

(وَتَجِبُ فِي سَنَةٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ، وَلِهَذَا يَكُونُ مَوْرُوثًا بَيْنَ وَرَثَتِهِ. وَلَنَا: مَا رُوِيَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَالَ: "بَلَغَنَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَهُ عَلَى العَاقِلَةِ فِي سَنَةٍ" وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ بَدَلَ النَّفْسِ مِن حَيْثُ إِنَّهُ نَفْسٌ عَلَى حِدَةٍ، فَهُوَ بَدَلُ العُضْوِ مِن حَيْثُ الِاتِّصَالُ بِالأُمِّ، فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهِ الأَوَّلِ فِي حَقِّ التَّوْرِيثِ، وَبِالثَّانِي فِي حَقِّ التَّأْجِيلِ إِلَى سَنَةٍ، لِأَنَّ بَدَلَ العُضْوِ إِذَا كَانَ ثُلُثَ الدِّيَةِ، ....

الدية؛ لأن ما دون ثلث الدية لا تتحمله العاقلة، ولهذا قال الليث بن سعد تلميذ مالك: إن دية الجنين [لأمه][1]؛ لأنها بدل عضوها.

قوله: (حيث قال: «دُوهُ»)؛ أي: أَدُّوا ديتَهُ، أمرٌ من الوَدْيِ.

أول الحديث: روي عن حَمَل بن مالك بن نابغة الهُذَلِيُّ قال: كنت بين ضَرَّتين، فضربت إحداهما الأخرى بَعمودِ فُسْطَاطٍ بِمُسَطَّح خَيْمَةٍ، فألقت جنينًا ميتًا، فاختصم أولياؤها إلى رسول الله ﷺ، فقال ﷺ لأولياء الضاربة: «**دُوهُ**» فقال أخوها عمران بنُ عُوَيمِرٌ الأسلمِيُّ: أَنَدِي[2] مَن لا صاحَ ولا استَهَلَّ ولا شَرِبَ ولا أكلَ، ودم مثلُهُ بَطَلَ، فقال رسول الله ﷺ: «**أَسَجْعٌ كَسَجْعِ الكُهَّانِ!**»[3] وفي رواية: «**دَعنِي وأَرَاجِيزَ العربِ قُومُوا فَدُوهُ**». كذا في المبسوط[4].

قوله: (**مورثًا بين ورثته**)؛ أي: بإجماع الأئمة الأربعة.

وفي الكافي: قال الشافعي: لأمه، وهذا قول الليث. ذكر في كتبهم.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (أتدي) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ١٢٥).

أَوْ أَقَلَّ أَكْثَر مِن نِصْفِ العُشْرِ، يَجِبُ فِي سَنَةٍ، بِخِلَافِ أَجْزَاءِ الدِّيَةِ، لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهَا عَلَى مَنْ وَجَبَ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ (وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالأُنْثَى) لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ فِي الحَيَّيْنِ إِنَّمَا ظَهَرَ التَّفَاوُتُ لِتَفَاوُتِ مَعَانِي الآدَمِيَّةِ، وَلَا تَفَاوُتَ فِي الجَنِينِ، فَيُقَدَّرُ بِمِقْدَارٍ وَاحِدٍ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ.

(فَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ، فَفِيهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَيًّا بِالضَّرْبِ السَّابِقِ (وَإِنْ

قوله: (وأقل، أكثر من نصف العشر): بدون الواو، وهو الصحيح من النسخ، و(أكثر) بَدَل من (أقل)؛ يعني: إذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر.

وفي بعض النسخ: (أو أقل أو أكثر). وفي بعضها: (أو أكثر). وكلاهما غير صحيح؛ لأنه لا يبقى بدلًا حينئذ.

قوله: (بخلاف أجزاء الدية؛ لأن كل جزء منها يجب في ثلاث سنين).

قوله: (ويستوي فيه)؛ أي: في وجوب قدر الغرم **(الذكر والأنثى؛ لإطلاق ما رويناه)**؛ وهو قوله ﷺ: «**فِي الجَنِينِ غُرَّةُ عبدٍ أو أمَةٍ**»[1]، وبه قال الشافعي، وأحمد، وعامة أهل العلم.

(ولأن في الحيين)؛ أي: في الذكر والأنثى الجنين **(إنما ظهر التفاوت)** في الدية، فإن كانت دية الذكر ضعف دية الأنثى؛ لتفاوت معاني الآدمية، وهو المالكية، فالذكر مالك مال ونكاح، والأنثى مالك مال فقط، [٢/ ٤٩١/ أ] وهذا المعنى معدوم في الجنين؛ لتعذر التمييز بين الذكر والأنثى، خصوصًا قبل أن يتم خلقه، فإن وجوب البدل لا يختص بما بعد تمام الخلقة. كذا في المبسوط[2]، والإيضاح.

قوله: (ففيه دية كاملة): قال ابن المنذر: ولا خلاف لأهل العلم فيه.

ولكن اختلفوا في هذه المسألة في ثلاثة فصول:

أحدها: أنه تثبت حياته بكل أمارة تدل على حياته، من الاستهلال والارتضاع، أو التنفس أو العطاس، أو غيره. وهو قولنا، وقول الشافعي، وأحمد في نصه.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٩).

أَلْقَتْهُ مَيْتًا، ثُمَّ مَاتَتِ الأُمُّ، فَعَلَيْهِ دِيَةٌ بِقَتْلِ الأُمِّ، وَغُرَّةٌ بِإِلْقَائِهَا) وَقَدْ صَحَّ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى فِي هَذَا بِالدِّيَةِ وَالغُرَّةِ» (وَإِنْ مَاتَتِ الأُمُّ مِن الضَّرْبَةِ، ثُمَّ خَرَجَ الجَنِينُ بَعْدَ ذَلِكَ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ: فَعَلَيْهِ دِيَةٌ فِي الأُمِّ، وَدِيَةٌ فِي الجَنِينِ) لِأَنَّهُ قَاتِلُ

وقال مالك، وأحمد في رواية، والزهري، وقتادة، وإسحاق، وابن عباس، والحسن بن علي، وجابر، وعمر في رواية عنه: لا يثبت له حكم الحياة إلّا بالاستهلال، وهو الصياح؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال: «**إذا استَهَلَّ وَرِثَ وَوَرَّثَ غيرَهُ**»[١] وأنه لا يرث إذا لم يستهل، والاستهلال الصياح؛ لأنه عليه الصلاة والسلام قال: «**ما مِنْ مولودٍ يولَدُ إلّا مسَّهُ الشّيطانُ، فيَسْتَهِلُّ صارِخًا إلّا مريمَ وابنَها**»[٢] فلا يجوز غير ما قاله النبي ﷺ.

وسمى الصياح استهلالًا باعتبار عادة الناس؛ فإنهم إذا رأوا الهلال صاحوا، وأراه بعضهم بعضًا.

ولنا: كل ما علمت حياته أشبه المستهل، والخبر يدل بمعناه ودلالته وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور؛ لأن شرب اللبن والعطاس والتنفس يدل على حياته كالصياح، أما لو تحرك عضو منه لا يدل على حياته؛ لأنها قد تكون من الاختلاج، أو من الخروج من مضيق.

وثانيها: قال أحمد، والمزني: لو كان سقوطه لستة أشهر فصاعدًا تجب الدية؛ لأن العلم بحياته فيما دون ذلك لا يتصور بقاؤه، فلم تجب دية كاملة، كما لو ألقته ميتًا كحياة المذبوح.

وعندنا[٣] والشافعي: علم حياته، وقد تلف من جناية[٤]، فتجب الدية كاملة.

وثالثها: إنما تجب ديته إذا علم موته بسبب الضربة بسقوطه في الحال، وبقائه متألمًا إلى أن يموت، أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٤٨٣ برقم ١٥٠٨)، والحاكم (٤/ ٣٨٨ برقم ٨٠٢٣) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
قال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ١٦٤ برقم ٣٤٣١)، ومسلم (٤/ ١٨٣٨ برقم ٢٣٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) في الأصل: (عندها) والمثبت من النسخة الثانية.

(٤) في الأصل: (حياته) والمثبت من النسخة الثانية.

شَخْصَيْنِ (وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ أَلْقَتْ مَيْتًا، فَعَلَيْهِ دِيَةٌ فِي الأُمِّ، وَلَا شَيْءَ فِي الجَنِينِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الغُرَّةُ فِي الجَنِينِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَوْتُهُ بِالضَّرْبِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَلْقَتْهُ مَيْتًا وَهِيَ حَيَّةٌ. وَلَنَا: أَنَّ مَوْتَ الأُمِّ أَحَدُ سَبَبَيْ مَوْتِهِ، لِأَنَّهُ يَخْتَنِقُ بِمَوْتِهَا، إِذْ تَنَفُّسُهُ بِتَنَفُّسِهَا، فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ بِالشَّكِّ ....

قوله: (ولا شيء في الجنين)؛ وبه قال مالك.

(وقال الشافعي: تجب الغرة في الجنين) مع دية الأم، وبه قال أحمد.

(لأن الظاهر موته بالضرب): والحكم يضاف إلى السبب الظاهر، فيكون متلفًا نفسين، فيلزمه بدل كل واحد منهما، ولا فرق بين أن ينفصل منها وهي حية أو ميتة.

(ولنا: أن موت الأم أحد سببي[1] موته)؛ أي: موت الجنين، والسبب الآخر الضرب، فيمكن الاشتباه في سبب هلاكه حين الانفصال.

(فلا يجب الضمان بالشك): ولا يقال: الشك ثابت في الجنين الذي انفصل من الحي بالضرب، مع أنه تجب الغرة؛ لأنه يمكن إن لم ينفخ فيه الروح، وبعد وجوب الغرة لا يتوقف إلى تمام الخلقة. ذكره في المبسوط[2]، فحينئذ لم يعتبر زوال حياته بسبب الضرب ووجوب الغرة؛ لأنا نقول: نعم كذلك، إلا أن الغرة في الجنين تثبت بالنص بخلاف القياس، فيما إذا تمكن الشبهة من وجه واحد، وإن لم ينفخ فيه الروح، فلا يكون النص الوارد في إيجاب الغرة فيما إذا تمكن الشك في وجه واحد، وأراد بإيجابها فيما إذا تمكن الشك في وجوب الضمان بوجوه. كذا قيل.

وفي المبسوط، والذخيرة: هذا الذي ذكره بأن قتل الأم لا يكون قتلًا للجنين، حتى لم تجب فيه غرة الجنين، على أصل أبي حنيفة ظاهر؛ لأنه لا يجعل ذكاة الأم ذكاة الجنين، فلذلك لم يجعل قتل الأم قتلًا للجنين. والشافعي يجعل ذكاة الأم ذكاة للجنين، فلذلك يجعل قتل الأم قتلًا للجنين[3].

(١) في الأصل: (سببين) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٩٠).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٩٠).

قَالَ: (وَمَا يَجِبُ فِي الجَنِينِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ) لِأَنَّهُ بَدَلُ نَفْسِهِ، فَيَرِثُهُ وَرَثَتُهُ (وَلَا يَرِثُهُ الضَّارِبُ، حَتَّى لَوْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَتِهِ، فَأَلْقَت ابْنَهُ مَيْتًا، فَعَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ غُرَّةٌ، وَلَا يَرِثُ مِنْهَا) لِأَنَّهُ قَاتِلٌ بِغَيْرِ حَقٍّ مُبَاشَرَةً، وَلَا مِيرَاثَ لِلْقَاتِلِ.

قَالَ: (وَفِي جَنِينِ الأَمَةِ إِذَا كَانَ ذَكَرًا نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا، وَعُشْرُ

وعند أبي يوسف، ومحمد: القياس ما قاله أبو حنيفة، لكنه ترك ذلك في حكم الذكاة بالسنّة. ولأن الذكاة تنبني على الوسع، فبقي القياس معتبرًا في حكم القتل، فلا يكون قتل الأم قتلًا للجنين.

قوله: (**وما يجب في الجنين**) ومر فيه خلاف الليث واتفاق أكثر أهل العلم.

وَلَنَا: أَنَّهُ بَدَلُ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الطَّرَفِ لَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ ظُهُورِ النُّقْصَانِ، وَلَا مُعْتَبَرَ فِي ضَمَانِ الْجَنِينِ، فَكَانَ بَدَلَ نَفْسِهِ، فَيُقَدَّرُ بِهَا.

قوله: (**وفي جنين الأمة**)؛ أي: إذا كانت حاملًا من زوجها لا من مولاها؛ ليكون الجنين رقيقًا، ولا من مغرور؛ لأنه لو كان الحمل من مولاها أو من المغرور؛ تجب الغرة، ذكرًا كان أو أنثى. كذا ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه.

قوله: (**إذا كان ذكرًا نصف عشر قيمته لو كان حيًّا**) إلى آخره: بيانه: أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتًا على لونه وهيئته لو كان حيًّا، ينظر كم قيمته بهذا المكان؟ فإذا ظهر، فبعد هذا إن كان ذكرا يوجب [نصف][1] عشر قيمته، وإن كان أنثى يوجب عشر قيمته، فلو لم يعلم ذكورة الجنين ولا أنوثته؛ يؤخذ بالمتيقن، كالخنثى المشكل، كمن قتل عبدًا خطأً [٢/ ٤٩١/ب]، والمقتول خنثى مشكل؛ فإنه يجب المتيقن، كذا هاهنا.

ولو ضاع الجنين ولا يمكننا تقويمه باعتبار لونه وهيئته لو كان حيًّا، ووقع التنازع في قيمته؛ كان القول للضارب؛ لأنه منكر للزيادة، كما لو قتل عبدًا خطأً ووقع في قيمته التنازع، وعجز القاضي عن تقويمه باعتبار حاله وهيئته لو كان حيًّا؛ كان القول للقاتل مع اليمين، كذا هنا. الكل من الذخيرة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَى) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِ عُشْرُ قِيمَةِ الأُمِّ، لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِن وَجْهٍ، وَضَمَانُ الأَجْزَاءِ يُؤْخَذُ مِقْدَارُهَا مِن الأَصْلِ. وَلَنَا: أَنَّهُ بَدَلُ نَفْسِهِ، لِأَنَّ ضَمَانَ الطَّرَفِ لَا

قوله: (وقال الشافعي: فيه عشر قيمة الأم): وبه قال مالك، وأحمد، وابن المنذر، وهو قول الحسن، والنخعي، والزهري، وقتادة، وإسحاق؛ لأنه جنين مات بالجناية في بطن الأم، فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة، كجنين الحرة؛ لإطلاق النصوص.

وفي المبسوط: لم يستقر مذهب الشافعي على شيء في الجنين، فإنه يجعله في حكم الكفارة كالنفوس، وهاهنا[١] كالجزء لأمه، حتى الواجب فيه [يعتبر بأمه][٢] لا بنفسه[٣].

ثم تعتبر قيمة أمه يوم الجناية، وهو منصوص الشافعي، وقول مالك، وأحمد.

وعن بعض أصحاب الشافعي: تعتبر قيمته يوم أسقطت؛ لأن الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار.

وجه منصوصه: أن قيمتها تتغير بالجناية وتنقص، [وحال][٤] الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس، فكان الاعتبار بحال الجناية، كما لو جرح عبدا ثم نقصت السوق لكثرة الجلب، ثم مات؛ فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية.

(ولنا: أنه بدل نفس)؛ يعني: الضمان يجب من حيث كونه أصلًا، لا من حيث كونه جزءًا؛ لما أن بدل الجزء لا يجب بدون ظهور نقصان في الأصل، حتى لو قلع سنًّا ثم نبت مكانه أخرى؛ لم يجب شيء، وهاهنا يجب بدل الجنين وإن لم يكن في الأم نقصان، دلَّ أن وجوبه باعتبار النفسية. كذا [في][٥] المبسوط[٦].

---

(١) كذا بالأصل، وبعدها بالنسختين: (حمولة).
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسختين.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٨).
(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسختين.
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٨).

يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ ظُهُورِ النُّقْصَانِ، وَلَا مُعْتَبَرَ فِي ضَمَانِ الجَنِينِ فَكَانَ بَدَلَ نَفْسِهِ فَيُقَدَّرُ بِهَا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجِبُ ضَمَانُ النُّقْصَانِ لَوْ انْتَقَصَتْ الأُمُّ، اعْتِبَارًا بِجَنِينِ

قوله: (ولا معتبر به)؛ أي: بظهور نقصان في الأم؛ لما ذكرنا أن بدل الجنين يجب بدون ظهور النقصان في الأم.

(فكان)؛ أي: ضمان الجنين (بدل نفسه فيقدر بها)؛ أي: بقيمة الجنين؛ لأنها بدل النفس، والأصل في النفوس نفوس الأحرار، ففي نفس الحر في الجنين نصف عشر دية الذكر، وعشر دية الأنثى، فيجب أن يكون في الأمة كذلك؛ لما أن القيمة في الرقيق قائمة مقام دية الحر.

فإن قيل: فيه تفضيل الأنثى على الذكر؛ لأن عشر قيمته إذا كان أنثى أكثر من نصف عشر قيمته إذا كان ذكرا، وفي الديات يفضل الذكر على الأنثى، لا الأنثى على الذكر، فكان فيه مخالفة[1] الأصول.

قلنا: هذا تسوية في الحقيقة، فالتسوية جائزة هنا بالاتفاق؛ وهذا لأن القيمة هنا كالدية، ودية الأنثى على النصف من دية الذكر، فصار العشر من هذا نصف العشر من الذكر، والتفضيل إنما يجب عند تفاوت الحال بتفاوت المالكية، وهذا يكون في المنفصل لا في الأجنة؛ لأنه لا مالكية في الجنين، وإنما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشوء، والأنثى في معنى النشوء تساوي الذكر، وربما تكون الأنثى أسرع نشوءًا، كما بعد الانفصال، فلهذا جوزنا تفضيل الأنثى على الذكر لو تصور.

قوله: (وقال أبو يوسف) إلى آخره: اعلم أن وجوب بدل جنين الأمة قول أبي حنيفة ومحمد، وهو الظاهر من قول أبي يوسف.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجب في جنين الأمة شيء، وإنما يجب نقصان الأم إن تمكن فيها نقصان، وإن لم يتمكن لا يجب شيء، كما في جنين البهيمة، فإن النقصان يجب بلا خلاف لأحد. وبهذا قال زفر، وبعض الظاهرية.

---

(١) في الأصل: (مخالف) والمثبت من النسخة الثانية.

الْبَهَائِمِ، وَهَذَا لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي قَتْلِ الرَّقِيقِ ضَمَانُ مَالٍ عِنْدَهُ عَلَى مَا نَذْكُرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فَصَحَّ الِاعْتِبَارُ عَلَى أَصْلِهِ. قَالَ: (فَإِنْ ضُرِبَتْ فَأَعْتَقَ الْمَوْلَى مَا فِي بَطْنِهَا، ثُمَّ أَلْقَتْهُ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ: فَفِيهِ قِيمَتُهُ حَيًّا، وَلَا تَجِبُ الدِّيَةُ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الْعِتْقِ) لِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِالضَّرْبِ السَّابِقِ، وَقَدْ كَانَ فِي حَالَةِ الرِّقِّ، فَلِهَذَا تَجِبُ الْقِيمَةُ دُونَ الدِّيَةِ، وَتَجِبُ قِيمَتُهُ حَيًّا، لِأَنَّهُ بِالضَّرْبِ صَارَ قَاتِلًا إِيَّاهُ وَهُوَ حَيٌّ، فَنَظَرْنَا إِلَى حَالَتَي السَّبَبِ وَالتَّلَفِ.

وهذا بناء على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك، فعند أبي يوسف: هو بمنزلة ضمان المال، حتى يجب بالغًا ما بلغ. وعندهما: هو بدل عن النفس، ولهذا لا يزاد على مقدار الدية كما يذكر بعد. كذا في المبسوط[1].

قوله: (فإن ضربت)؛ أي: بطن الأمة.

وفي بعض النسخ: (فإن ضربه) وهو ظاهر.

قوله: (ولا تجب الدية)؛ أي: دية الحر.

وفي جامع فخر الإسلام: قال بعض مشايخنا: معنى قوله: (تجب قيمته حيًّا)؛ أي: الدية، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

وقوله: (ولا تجب الدية) ليس من لفظ الجامع الصغير؛ لأن الضرب وقع بالأم، فلم تعتبر جنايته في حق الدية إلا بعد أن ينفصل حيًّا، ولذلك لم تنقطع سرايته. بخلاف من جرح عبدًا ثم أعتقه مولاه.

وقال بعضهم: بل المراد منه حقيقة القيمة؛ لأن الجناية قد تمت من الجاني، لكنها لم تعتبر في حق الجنين مقصودا إلا بعد الانفصال، فأشبه الرمي الذي تم من الرامي، ولم يعتبر في حق المرمي إلا بعد الإصابة، فإذا وجد العتق ثم تمام العلة؛ [٢/ ٤٩٢/أ] عند أبي حنيفة وأبي يوسف وجب ضمان القيمة، فكذا هاهنا. وإن كان هذا بالاتفاق صار حجة لهما على محمد.

قوله: (فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف)؛ يعني: أوجبنا القيمة دون الدية؛

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٩).

وَقِيلَ: هَذَا عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: تَجِبُ قِيمَتُهُ مَا بَيْنَ كَوْنِهِ مَضْرُوبًا إِلَى كَوْنِهِ غَيْرَ مَضْرُوبٍ، لِأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ عَلَى مَا يَأْتِيك بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَلَا كَفَّارَةَ فِي الجَنِينِ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: تَجِبُ، لِأَنَّهُ نَفْسٌ مِن وَجْهٍ، فَتَجِبُ

اعتبارًا لحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حيًّا لا مشكوكًا في حياته؛ اعتبارًا لحالة التلف.

ولا يقال: إن هذا اعتبارًا بحالة الضرب فحسب؛ لأن الواجب في تلك الحال قيمته حيًّا أيضًا؛ لأنا نقول: جاز أن يكون حيًّا، فلا تجب قيمته حيًّا هناك، بل تجب الغرة.

قوله: (**قيمته ما بين كونه مضروبًا**) إلى آخره: قيل: هذا في قول محمد مثل هذا في مسألة: الرمي والجرح، في باب: اعتبار حالة القتل.

(**لأن الإعتاق قاطع السراية**)؛ يعني: لو جرح عبدا ثم أعتقه مولاه، ثم إن مات العبد من تلك الجراحة تنقطع السراية، ولا يلزم الدية ولا القيمة، وإنما يضمن النقصان بالجراحة؛ لما ذكرنا أن الجرح إتلاف بعض المحل، وأنه يوجب الضمان للمولى، وبعد السراية لو وجب لوجب للعبد، فتصير النهاية مخالفة للبداية، وقد مر في باب: اعتبار حالة القتل.

قوله: (**على ما يأتيك من بعد**)؛ أي: في باب جناية المملوك، في مسألة: ومن قطع عبدا ثم أعتقه المولى.

ثم لم يذكر في الكتاب أن قيمته للمولى أو لورثته، فيجوز أن يقال: [يجوز أن يكون][1] موروثًا؛ لأن المولى لما أعتقه فقد أبطل حقه، وصار في الميراث حكمه حكم الأحرار، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

ويجوز أن يقال: القيمة للمولى؛ لأنه لما وجب على القاتل قيمته، صار كأنه قتل مملوكه؛ لأن وجوب الضمان استند إلى الضرب، ووقت الضرب كان مملوكًا.

وقوله: (**وعند الشافعي: تجب؛ لأنه نفس من وجه**) وقد قال تعالى: ﴿وَمَن

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

الكَفَّارَةُ احْتِيَاطًا. وَلَنَا: أَنَّ الكَفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَى العُقُوبَةِ، وَقَدْ عُرِفَتْ فِي النُّفُوسِ المُطْلَقَةِ، فَلَا تَتَعَدَّاهَا وَلِهَذَا لَمْ يَجِبْ كُلُّ البَدَلِ. قَالُوا: إِلَّا أَنْ يَشَاءَ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ

قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا﴾ [النساء:٩٢] الآية، وهذا الجنين نفسٌ من وجه، فإن كان من المؤمنين أو إن كان من قوم بيننا وبينهم ميثاق؛ تجب الكفارة مع الغرة. وبقوله: قال مالك، وأحمد، وأكثر أهل العلم.

(ولنا: أن الكفارة فيها معنى العقوبة) والشرع قدر بإيجابها (في النفوس المطلقة)؛ أي الكاملة، وهو جزء من وجه، ولهذا لو ألقاه قبل دخول الروح، إذا كان فيه شيء من خلق الآدمي؛ تجب الغرة بلا خلاف.

وعند الخصم: لو ألقاه مضغة، وشهد القوابل أنه مبدأ خلق، ولو بقي لَتَصَوَّرَ؛ تجب الغرة عند مالك، وأحمد، والشافعي في قول، فعلم أنه ليس بنفس مطلق، فليس مورد النص ولا في معناه من كل وجه، فلا يجوز إلحاقه دلالة.

ولا يتعدى إليه بالقياس؛ لأنها مخالف للقياس؛ لأن القياس لا يجري في العقوبات، ولهذا لم يذكر النبي ﷺ الكفارة في حديث الغرة، والموضع موضع البيان، فكيف يسكت عن ذكرها.

وفي الذخيرة: القياس يقتضي عدم وجوب الضمان، وعدم وجوب الكفارة؛ لأنه بمنزلة العضو، لكنا تركنا القياس في الضمان بالأثر، ولا أثر في الكفارة، فيبقى(١) على أصل القياس.

والمعنى: أنه إذا انفصل ميتًا اعتبر نفسًا في حق غيره من العباد، في حق بعض الأحكام، حتى تصير الجارية أم ولد، وتصير المرأة نفسًا، وتحل للمعتدة الأزواج، وفي حق نفسه اعتبر عضوًا للأم، حتى لا تقام عليه صلاة الجنازة التي هي حق الله تعالى، ولا يسمى ولا يرث، والكفارة حق الله، فيعتبر الجنين فيها بمنزلة العضو، والكفارة لا تجب بإتلاف عضو. بخلاف ما لو خرج حيًّا ثم مات؛ [لأنه نفس](٢) من كل وجه، ولهذا يسمى ويُصلّى عليه.

---

(١) في الأصل: (فينبغي) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (لا يرجى) والمثبت من النسخة الثانية.

ارْتَكَبَ مَحْظُورًا، فَإِذَا تَقَرَّبَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى كَانَ أَفْضَلَ لَهُ، وَيَسْتَغْفِرُ مِمَّا صَنَعَ (وَالجَنِينُ الَّذِي قَدْ اسْتَبَانَ بَعْضُ خَلْقِهِ بِمَنْزِلَةِ الجَنِينِ التَّامِّ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الأَحْكَامِ)

وفي المبسوط: الجنين عضو من وجه، واعتبار الجزئية لا يمنع وجوب الضمان، ويمنع وجوب الكفارة[(١)].

وفي الذخيرة - ناقلًا عن فتاوى أبي الليث والزيادات -: شربت الحامل دواء وحملت حملا ثقيلًا، أو وضعت في قبلها شيئًا حتى ألقت جنينًا ميتًا؛ فعلى عاقلتها الغرة، خمسمائة في سنة، إن فعلت متعمدة بغير إذن الزوج، وإن فعلت بإذنه فلا ضمان.

وعند الأئمة الثلاثة، وأكثر أهل العلم: تجب الغرة على عاقلتها بالإذن وبغير الإذن، وتجب الكفارة أيضًا كما في غيره، وإن لم تكن لها عاقلة؛ تجب الغرة في مالها في سنة.

وفي الذخيرة: اشترى جارية فحملت منه، ثم ضربت بطن نفسها، أو شربت دواء، أو عالجت قبلها متعمدة، فسقط الجنين ميتًا، ثم استحقت وقضي للمستحق بالجارية، وعقرها على المشتري، ويقال للمستحق: أمتك قتلت ولدها، وإنه ولد هذا المشتري؛ لأن ولد المغرور حر بالقيمة، فالجنين [حر][(٢)] مضمون بالغرة، فادفع أمتك أو افدها بغرة الجنين الحر، ولا يعلم فيه خلاف.

وإنما شرط محمد التعمد في فعل الجارية؛ لأنها ليست بمباشرة الإتلاف، بل هي متسببة إلى قتله، والتسبب إنما يوجب الضمان إذا كان بوصف التقدير، وبالتعمد لإسقاط الولد تكون متعدية، وعلى هذا الحرة.

قوله: (استبان [٢/ ٤٩٢/ ب] بعض خلقه): حتى لو لم يستبن شيء من خلقه؛ لا يكون بمنزلة الولد، بل هو إن كان علقة فلا حكم لها في حق هذه الأحكام، ولا يعلم فيه خلاف.

أما لو ألقت مضغة ولم يبن فيه شيء من خلقه، فشهدت ثقات من القوابل أنه مبدأ خلق آدمي، ولو بقي لتصور؛ فلا غرة فيه. وبه قال الشافعي في الأصح، وأحمد في رواية؛ لأنه كالعلقة والنطفة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٨).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

لِإِطْلَاقِ مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ وَلَدٌ فِي حَقِّ أُمومِيَّةِ الوَلَدِ وَانْقِضَاءِ العِدَّةِ وَالنِّفَاسِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَكَذَا فِي حَقِّ هَذَا الحُكْمِ، وَلِأَنَّ بِهَذَا القَدْرِ يَتَمَيَّزُ مِن العَلَقَةِ وَالدَّمِ فَكَانَ نَفْسَهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا يُحْدِثُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ

قَالَ: (وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ كَنِيفًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ جُرْصُنًا، أَوْ بَنَى دُكَّانًا، فَلِرَجُلٍ مِن عَرَضِ النَّاسِ أَنْ يَنْزِعَهُ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ صَاحِبُ حَقٍّ بِالمُرُورِ بِنَفْسِهِ وَبِدَوَابِّهِ، فَكَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْضِ، كَمَا فِي المِلْكِ المُشْتَرَكِ، فَإِنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَقَّ

وعندنا: فيه الحكومة.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: فيه الغرة، وهو قول مالك؛ لأنه مبدأ خلق آدمي، فأشبه ما لو تصور.

بَابٌ مَا يُحْدِثُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ

لما فرغ من بيان أحكام المباشرة؛ شرع في بيان أحكام القتل بطريق التسبيب، والضرب على بطن المرأة مباشرة في قتل الجنين.

وقدّم المباشرة؛ لأنه قتل بلا واسطة، والتسبيب بالواسطة. أو لأن القتل بالمباشرة أكثر وقوعًا، فكان أمسَّ حاجةً إلى معرفة أحكامه.

وفي المغرب: الكنيف: المستراح(١)، والجُرصُن دخيل؛ أي: ليس بعربي أصلي.

وقد اختلف فيه؛ فقيل: البرج. وقيل: مجرى ماء يركب في الحائط.

وعن الإمام البزدوي: جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبني عليه.

والعرض - بالضم -: الجانب، وفلان من عرض العشيرة؛ أي: من شقها لا من صميمها. وقيل: المراد من العرض هاهنا: أبعد الناس منزلة؛ أي: أضعفهم وأرذلهم.

قوله: (فكان له)؛ أي: بعض الناسِ (حق النقض) سواء كان فيه ضرر أو

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ٤١٧).

النَّقْضِ لَوْ أَحْدَثَ غَيْرُهُمْ فِيهِ شَيْئًا، فَكَذَا فِي الحَقِّ المُشْتَرَكِ. قَالَ: (وَيَسَعُ لِلَّذِي

لا، إذا وضع بغير إذن الإمام؛ لأن التدبير فيما يكون للعامة للإمام، وله ولاية المنع قبل الوضع أيضًا.

وقال أبو يوسف: لكل أحد المنع قبل الوضع؛ لأنه يريد أن يجعلها لنفسه خاصة، فأما بعد الوضع فقد صار في يده، فالذي يخاصمه يريد إبطال يده من غير دفع ضرر عن نفسه، فيكون متعنتًا.

وعند محمد: ليس له أن يمنع ابتداء، ولا أن يخاصم بالدفع بعد الوضع إذا لم يكن فيه ضرر، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد، والنخعي، والأوزاعي، وإسحاق.

وفيما يضر لا يجوز بلا خلاف، أذن الإمام أو لا.

واختلف فيما لا يضر؛ قيل: إن كان شارعًا يمر فيه الجيوش والأحمال، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه.

وقال الأكثر: لا يقدر بذلك، بل يكون لا يضر بالعمارات والمَحالِّ.

وجه قول محمد: أنه مأذون في إحداثه شرعًا، فصار كما لو أذن الإمام.

وقال الصفار: إنما يلتفت إلى قوله عند أبي حنيفة إذا لم يكن له مثل ذلك من الجرصن، فإن كان لا يلتفت إلى خصومته؛ لأنه متعنت لا محتسب حين لم يبدأ بنفسه. كذا في المبسوط.

وفيه: لا يقضى عليه بالهدم بخصومة العبيد والصبيان والمحجورين؛ لأن خصومة المحجور لا تعتبر في حق ماله، فكذا في حق غيره. وينقض بمخاصمة الذمي؛ لأن له حقًّا في الطريق، وهذا إذا بنى على طريق العامة بناء لنفسه، فإن بنى شيئًا للعامة كالمسجد ونحوه لا يضر بالمسلمين لا ينقض. كذا روي عن محمد.

وكذا لو قعد للبيع والشراء، والطريق واسع لا يضر بالمسلمين لا يمنع، وإن كان يضر يمنع. وأما الضمان، فالذي أخرجه ضامن لما يتلف به؛ لأنه متعد[1] في التسبيب إلى الإتلاف، من حيث إنه شغل بما صنع في طريق

---

(١) في الأصل: (مقعد) والمثبت من النسخة الثانية.

عَمِلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالمُسْلِمِينَ) لِأَنَّ لَهُ حَقَّ المُرُورِ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ، فَلْيُلْحَقْ مَا فِي مَعْنَاهُ بِهِ، إذ المَانِعُ مُتَعَنِّتٌ، فَإِذَا أَضَرَّ بِالمُسْلِمِينَ كُرِهَ لَهُ ذَلِكَ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الإِسْلَامِ» قَالَ: (وَلَيْسَ لِأَحَدٍ مِن أَهْلِ الدَّرْبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَافِذٍ أَنْ يَشْرَعَ كَنِيفًا، أَوْ مِيزَابًا، إِلَّا بِإِذْنِهِمْ) لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ،

المسلمين، ويضمن، كما لو حفر بئرا على قارعة الطريق، لكن المتلف إن كان آدميًّا فالضمان على عاقلته، حتى لو جرح إنسانا وبلغ أرشه أرش الموضحة؛ يجب أرشه على العاقلة، وإذا كان دونه يجب في ماله، وضمان المال في ماله. كذا في جامع المحبوبي، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (لا ضرر فيه)؛ أي: في المرور (فيلحق ما في معناه به)؛ أي: فيلحق ما في معنى المرور وهو المعمول؛ لأنه لا ضرر فيه (إذ المانع)؛ أي: من الانتفاع (متعنت) هو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه ولغيره.

قوله: («لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الإِسلامِ»)[١] أي: لا يضرُّ الرجلُ أخاه ابتداءً، ولا جزاءً؛ لأن الضرر بمعنى الضر، وهو من واحد، والضرار من اثنين بمعنى: المضارة؛ وهو أن تضر من ضرك. كذا في المغرب[٢].

والضرر في الجزاء: هو أن يتعدى المجازي عن قدر حقه في القصاص وغيره.

الدّربُ: الباب الواسع على السكة، والمراد في قوله: زقاق أو درب غير نافذ السكة الواسعة نفسها. كذا في المغرب[٣].

(لأنها مملوكة لهم)؛ أي: الغالب أنها مملوكة لهم.

وفي جامع الكشاني: إلّا أن يأذن جميع أهل الدرب؛ لأنها مملوكة لهم، هذا هو الغالب.

وفي جامع فخر الإسلام: المراد بغير النافذ: المملوكة، وليس ذلك بعلة

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ٢٨٢).
(٣) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ١٦٢).

وَلِهَذَا وَجَبَتْ الشُّفْعَةُ لَهُمْ عَلَى كُلِّ حَالٍ، فَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ أَضَرَّ بِهِمْ أَوْ لَمْ يَضُرَّ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ. وَفِي الطَّرِيقِ النَّافِذِ، لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا إِذَا أَضَرَّ، لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الوُصُولُ إِلَى إِذْنِ الكُلِّ، فَجُعِلَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَأَنَّهُ هُوَ المَالِكُ وَحْدَهُ حُكْمًا، كَيْ لَا يَتَعَطَّلَ عَلَيْهِ طَرِيقُ الِانْتِفَاعِ، وَلَا كَذَلِكَ غَيْرُ النَّافِذِ، لِأَنَّ الوُصُولَ إِلَى إِرْضَائِهِمْ مُمْكِنٌ، فَبَقِيَ عَلَى الشَّرِكَةِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

قَالَ: (وَإِذَا أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ نَحْوَهُ، فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ، فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِتَلَفِهِ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِهِ هَوَاءَ الطَّرِيقِ، وَهَذَا مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ، وَهُوَ الأَصْلُ، ....

الملك، فقد ينفذ وهي مملوكة، وقد يسد منفذها وهي للعامة، [٢/ ٤٩٣/ أ] لكن ذلك دليل على الملك غالبًا، فأقيم مقامه، ووجب العمل به حتى يدل دليل على خلافه.

ثم لا خلاف للأئمة الثلاثة أن في الدرب الغير نافذ لا يجوز إلا بإذن أهله، إذا لم يكن له في الدرب باب، أما لو كان له في الدرب باب؛ فقد اختلف أصحاب الشافعي؛ فمنهم من منعه أيضًا. وقال بعضهم: يجوز له إخراج الجناح والساباط؛ لأن له في الدرب استطراقا بملك ذلك، كما يملكه في الدرب النافذ.

ولنا: ما ذكر في المتن.

الروشن: هو الممر على العلو، وهو مثل الرَّفِّ.

وقيل: الرَّوشن: هو أن يضع الخشبة على جداري(١) السطحين ليتمكن من المرور.

(لأنه سبب لتلفه متعدٍّ بشغل هواء الطريق): وفي بعض النسخ: **(لأنه مسبب متعدٍّ لتلفه)**.

(وهذا)؛ أي: التسبيب بطريق التعدي **(من أسباب الضمان)** ولا خلاف لأحد فيه **(وهو الأصل)**؛ أي: التقدير أصل في باب الضمان.

---

(١) في الأصل: (حد لوي) والمثبت من النسخة الثانية.

وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ شَيْءٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ البَابِ (وَكَذَا إِذَا تَعَثَّرَ بِنَقْضِهِ إِنْسَانٌ، أَوْ عَطِبَتْ بِهِ دَابَّةٌ، وَإِنْ عَثَرَ بِذَلِكَ رَجُلٌ فَوَقَعَ عَلَى آخَرَ فَمَاتَا، فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي أَحْدَثَهُ فِيهِمَا) لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالدَّافِعِ إِيَّاهُ عَلَيْهِ ....

قوله: (ممّا ذكرنا في أول الباب)؛ وهو الكنيف والميزاب والجرصن، وبه قال مالك، وأحمد.

وقال أصحاب الشافعي: إن وقع خشبة ليست مركبة على حائطه؛ يجب الضمان، ولو كانت مركبة على حائطه؛ وجب نصف الضمان؛ لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره، فانقسم الضمان.

وقلنا: إنه تلف بما أجرمه بطريق التعدي فيضمنه، كما لو بنى حائطًا مائلًا إلى الطريق فأتلف، أو أقام خشبة في ملكه مائلة إلى الطريق.

قوله: (وكذا إذا تعثر إنسان بنقضه)؛ أي: عطب.

وفي بعض النسخ: (وكذا إذا عطب إنسان بنقضه) ولا يعلم فيه خلاف.

(لأنه)؛ أي: المخرج (يصير كالدافع له بيده)؛ لأن النقض يصير آلة الدفع[1]، ولا يعلم فيه خلاف أيضًا.

ولو نحّى النقضَ إنسانٌ فعطب به آخر؛ فالضمان على الذي نحاه، وخرج المخرج من الضمان؛ لأن حكم فعله قد انتسخ بفراغ الموضع الذي شغله بما أحدث فيه، وإنما اشتغل بفعل الثاني في موضع آخر، فهو كالمحدث لذلك.

وفي الذخيرة محالًا إلى المنتقى: ضرب إنسانًا فسقط على الطريق ميتًا؛ يضمنه. ولو عثر إنسان بالميت، فإن كان حين ضربه سقط ميتًا أو حيًّا، ولم يستطع أن يبرح من مكانه حتى مات؛ فدية العاثر على عاقلة الضارب، وإن كان يقدر أن يقوم من مكانه، فلم يقم حتى مات مكانه جَنَى به المقتول.

ولو أن رجلًا مر في الطريق وسقط ميتًا من غير جناية، فعطب به إنسان؛ لم يضمن، لا الميت ولا عاقلته. [ولو سقط حيًّا ثم مات؛ ضمن عاقلته][2] من عطب به.

---

(١) في الأصل: (الربع) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَإِنْ سَقَطَ المِيزَابُ نُظِرَ، فَإِنْ أَصَابَ مَا كَانَ مِنْهُ فِي الحَائِطِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ لِمَا أَنَّهُ وَضَعَهُ فِي مِلْكِهِ (وَإِنْ أَصَابَهُ مَا كَانَ خَارِجًا مِن الحَائِطِ، فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ) لِكَوْنِهِ مُتَعَدِّيًا فِيهِ، وَلَا ضَرُورَةَ، لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُرَكِّبَهُ فِي الحَائِطِ، وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ، وَلَا يُحْرَمُ عَن المِيرَاثِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً (وَلَوْ أَصَابَهُ الطَّرَفَانِ جَمِيعًا، وَعُلِمَ ذَلِكَ، وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَهُدِرَ

قوله: (وإن سقط الميزاب): فعندنا مسألة الميزاب على أربعة أوجه بالقسمة العقلية، فأما إن علم أنه أصابه الطرف الداخل في الحائط، أو الخارج منه، أو الطرفان جميعًا، أو لم يعلم أي طرف أصابه. فإن أصابه الداخل؛ فلا ضمان؛ لأنه غير متعد فيه؛ لما أنه وضعه في ملكه. وإن أصابه الخارج؛ فعليه الضمان.

وقال الشافعي في الجديد: يضمن في جميع الصور نصف الدية.

وإن انتصف الميزاب، فسقط منه ما خرج عن الحائط؛ يضمن جميع الدية؛ لأن كله في غير ملكه.

وعند أحمد: يضمن جميع الدية في جميع الصور.

وقال الشافعي في القديم، ومالك: لا ضمان عليه في جميع الصور؛ لأنه غير متعد في إخراجه، فلم يضمن ما تلف، كما لو أخرجه في ملكه.

ولو أصابه الطرفان ولم يعلم أي طرف أصابه؛ فعليه النصف وهدر النصف، وبه قال الشافعي.

وقال أحمد: عليه كل الضمان؛ لأنه أتلفه بما أخرجه إلى هواء الطريق، وهو متعد فيه.

قوله: (ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث): خلافا للأئمة الثلاثة؛ فإن القتل بالسبب يوجب الكفارة وحرمان الميراث عندهم، وقد مر الخلاف مع دلائله في أول كتاب الجنايات.

قوله: (وليس بقاتل حقيقة)؛ إذ لو كان قاتلًا حقيقة [يستوي][1] فيه ملكه

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

النِّصْفُ، كَمَا إِذَا جَرَحَهُ سَبعٌ وَإِنْسَانٌ، وَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ أَيُّ طَرَفٍ أَصَابَهُ، يَضْمَنُ

وغير ملكه، ووجوب الكفارة وحرمان الميراث بحقيقة القتل بالنص، ووجوب الضمان باعتبار تسبيبه على الهلاك بطريق التعدي؛ صيانة لدم المتلف عن الهدر، ووجوب الكفارة وحرمان الميراث جزاء لفعل القتل، ولم يوجد، ولا يمكن أن نجعله قاتلًا عند الإصابة، فلعل المحدث يكون ميتًا عند الإصابة، فكيف يكون الميت قاتلًا؛ ألا ترى أن حرمان الميراث باعتبار توهم القصد إلى استعجال الميراث، وذلك في العمد لا يشكل.

وكذا في الخطأ؛ لاحتمال أن يكون أظهر الخطأ من نفسه، وهو قاصد إلى ذلك، وهذا لا يتحقق في التسبيب، ولهذا بقتل الصبي والمجنون لا يثبت وجوب الكفارة ولا حرمان الميراث؛ لأنهما[1] جزاء قتل محظور، [٢/ ٤٩٣/ ب] وفعلهما لا يوصف بذلك، والجزاء شرعًا ينبني على الخطاب. كذا في المبسوط[2].

قوله: (كما إذا جرحه سبع وإنسان): أو جرح هو نفسه وإنسان آخر، أو جرحه عبده وإنسان آخر؛ يضمن الآخر النصف.

وعلى هذا: لو جلس غيره على ثوبه، وهو لا يعلم في حال جلوسه، ثم قام فتخرق الثوب من قيامه، وثقل الجالس. أو وضع إنسان قدمه على مؤخر نعله في حال مشيه، فرفع هو قدمه حتى تخرق النعل من فعله، وثقل قدم الآخر؛ حيث يضمن الأجنبي النصف، ولذا قال في رجل في يده الثوب لآخر، فجذبه صاحب الثوب من يده، فتخرق؛ ضمن الممسك نصف الخرق.

وقالوا في صبي في يد أبيه، جذبه آخر في يده، والأب يمسكه حتى مات؛ فديته على الجاذب، ويرث أبوه؛ لأن الأب ممسك بالحق، والجاذب متعد.

وفرع على هذا مسألة الثوب لو جذب غير صاحبه فتخرق؛ فضمانه على الجاذب. ولو تجاذبا صبيًّا وأحدهما يدعي أنه ابنه، والآخر يدعي أنه عبده

---

(١) في الأصل: (لا) والمثبت من النسختين.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٨٦).

النِّصْفَ) اعْتِبَارًا لِلْأَحْوَالِ (وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحًا إِلَى الطَّرِيقِ، ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ، فَأَصَابَ الجَنَاحُ رَجُلًا فَقَتَلَهُ، أَوْ وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ، ثُمَّ بَاعَ الخَشَبَةَ، وَبَرِئَ إِلَيْهِ مِنْهَا، فَتَرَكَهَا المُشْتَرِي حَتَّى عَطِبَ بِهَا إِنْسَانٌ، فَالضَّمَانُ عَلَى البَائِعِ) لِأَنَّ فِعْلَهُ - وَهُوَ الوَضْعُ - لَمْ يَنْفَسِخْ بِزَوَالِ مِلْكِهِ وَهُوَ المُوجِبُ (وَلَوْ وَضَعَ فِي الطَّرِيقِ جَمْرًا، فَأَحْرَقَ شَيْئًا: يَضْمَنُهُ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ (وَلَوْ حَرَّكَتْهُ الرِّيحُ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ، ثُمَّ أَحْرَقَ شَيْئًا، لَا

فمات؛ فدمه على مدعي العبد؛ لما أنه لو ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه عبده؛ فمدعي البنوة أولى، فصار إمساكه بحق، وجذب الآخر بغير حق؛ فيضمن.

قوله: (اعتبارا للأحوال)؛ لأنه يجب في حال ولا يجب في حال، جعل كأنه أصابه الطرفان، فصار كأنه جرحه إنسان وسبع ومات، وإشراع الجناح لم ينفسخ، فإن جنايته وهو شغل هواء المسلمين بالجناح، وبالبيع لم يزل هذا الشغل، فبقيت حياته على حالها، والمشتري[1] بالامتناع عن الدفع مع تمكنه لم يصر مسببًا ولا مباشرًا، بل صار تاركًا للمعروف، فلا يضمن هو بالامتناع، كمن رأى أعمى يقع في البئر، فلم يمنعه من الوقوع حتى مات، أو رأى إنسانًا يموت من الجوع ومعه طعام، فلم يدفعه إليه حتى مات، أو مر في الطريق وفيه حجر، فلم يرفعه حتى عثر إنسان ومات؛ لا يضمن شيئًا؛ لما أنه غير مباشر ولا مسبب.

وكذا بائع الحائط المائل بعد التقدم إليه، لو وقع الحائط في يد المشتري وأتلف شيئًا؛ لم يضمن البائع لزوال ملكه بالبيع، فيزول تمكنه من النقض أيضًا؛ إذ لا يتمكن من نقض حائط الغير وإن كان مائلا، ولا يضمن المشتري أيضًا؛ لعدم التقدم إليه، ولا أعلم فيه خلافًا، وكذا الحكم في الهبة مع القبض.

قوله: (ولو حركته الريح إلى موضع آخر)؛ أي: حركت عين الجمر.

وإنما قيد به؛ لأن عند بعض أصحابنا: أن الريح إذا هبت بشررها فأحرقت شيئًا يضمن؛ لأن عين الجمر لما كانت باقية في موضعها، كانت الجناية باقية، فكان ضمان ذلك عليه.

---

(١) في الأصل: (المستوي) والمثبت من النسخة الثانية.

يَضْمَنُهُ) لِنَسْخِ الرِّيحِ فِعْلَهُ، وَقِيلَ: إِذَا كَانَ الْيَوْمُ رِيحًا يَضْمَنُهُ، لِأَنَّهُ فَعَلَهُ مَعَ عِلْمِهِ بِعَاقِبَتِهِ وَقَدْ أَفْضَى إِلَيْهَا فَجُعِلَ كَمُبَاشَرَتِهِ.

(وقيل: إذا كان اليوم ريحًا): وفي الذخيرة: هذا اختيار شمس الأئمة السرخسي، وكان الحلواني لا يقول بالضمان من غير تفصيل، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

(وقد أفضى إليها)؛ أي: إلى عاقبته، وهو الحرق بواسطة الريح، فلا ينسخ حكم فعله بالانتقال من موضع إلى موضع؛ لأنه كان عالمًا به، بمنزلة الدابة التي جالت في رباطها. كذا في المبسوط[1].

الفعلة: جمع الفاعل، كالقتلة في جمع القاتل.

قال شيخ الإسلام: هذا على وجوه، إن قال مخرج الجناح للأُجَراء: ابنوا جناحا لي علَى فناء داري؛ فإنه ملكي، أو لي حق إشراع الجناح فيه من القديم، ولم يعلم العَمَلَةُ. بخلاف ما قاله ثم سقط فأصاب شيئًا؛ فالضمان عليهم، ويرجعون بالضمان على الآمر قياسًا واستحسانًا، سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده؛ لأن الضمان يجب على العامل بأمر الآمر، فكان له أن يرجع عليه، كما لو استأجر غيره ليذبح شاة، ثم استحقت الشاة؛ فالمستحق يضمن الذابح، ويرجع الذابح على الآمر، كذا هذا لأنه غيره.

وإن قال لهم: اشرعوا جناحًا في فناء داري، ولم يقل أن له حقًّا[2] في الإشراع، أو قال: فابنوا بأمره، وسقط فأتلف شيئًا؛ إن سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان عليهم، ولم يرجعوا على الآمر قياسًا واستحسانًا، وإن سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك على جواب القياس؛ لأنه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه، وقد علموا بفساد الأمر، فلم يحكم بالضمان على الآمر، كما لو أمرهم أن يبنوا في وسط الطريق، فبنوا وأتلف شيئًا؛ لم يرجعوا به على الآمر قياسًا.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٨).
(٢) في النسخ الثلاث: (حق) والصواب المثبت.

(وَلَوْ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ لِإِخْرَاجِ الجَنَاحِ، أَو الظُّلَّةِ، فَوَقَعَ، فَقَتَلَ إِنْسَانًا قَبْلَ أَنْ يَفْرَغُوا مِن العَمَلِ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ التَّلَفَ بِفِعْلِهِمْ (وَمَا لَمْ يَفْرَغُوا لَمْ يَكُن العَمَلُ مُسَلَّمًا إِلَى رَبِّ الدَّارِ) وَهَذَا لِأَنَّهُ انْقَلَبَ فِعْلُهُمْ قَتْلًا، حَتَّى وَجَبَتْ عَلَيْهِم الكَفَّارَةُ، وَالقَتْلُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي عَقْدِهِ، فَلَمْ يَتَسَلَّمْ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ، فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِمْ (وَإِنْ سَقَطَ بَعْدَ فَرَاغِهِمْ، فَالضَّمَانُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّهُ صَحَّ الِاسْتِئْجَارُ، حَتَّى اسْتَحَقُّوا الأَجْرَ، وَوَقَعَ فِعْلُهُمْ عِمَارَةً وَإِصْلَاحًا، فَانْتَقَلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ، فَكَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ، فَلِهَذَا يَضْمَنُهُ (وَكَذَا إِذَا صَبَّ المَاءَ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ، أَوْ دَابَّةٌ،

وفي الاستحسان: يكون الضمان على الآمر؛ لأن هذا الأمر صحيح، من حيث إن فناء داره مملوك له من وجه، على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة، ولكنه غير صحيح وغير مملوك، من حيث إنه لا يجوز بيعه، فمن حيث إنه صحيح؛ يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث إنه فاسد؛ يكون الضمان [٢/ ٤٩٤/أ] على العامل قبل الفراغ من العمل عملًا، وإظهارا شُبَهَ الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ؛ لأن أمر الآمر إنما يصح من حيث إنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما حصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فإظهار شبهة الصحة بعد الفراغ أولى. كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (فالضمان على رب الدار استحسانًا).

وفي المبسوط: وجه الاستحسان: حديث شريح؛ فإنه قضى بالضمان في مثله على رب الدار. والمعنى: [أن عملهم][١] ينتقل إليه؛ لأنه يباح[٢] له فيما بينه وبين ربه، إحداث مثل ذلك في فناء داره إذا لم يتضرر به غيره، وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين، فاعتبر أمره، ولما كان الفناء غير مملوك له؛ يتقيد بشرط السلامة، فصح أمره، فجعل كأنه بنى بنفسه[٣].

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسختين.
(٢) في الأصل: (يباع) والمثبت من النسختين.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٨).

وَكَذَا إِذَا رَشَّ الْمَاءَ أَوْ تَوَضَّأَ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ بِإِلْحَاقِ الضَّرَرِ بِالْمَارَّةِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ وَهُوَ مِن أَهْلِهَا، أَوْ قَعَدَ أَوْ وَضَعَ مَتَاعَهُ) لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِيهَا لِكَوْنِهِ مِن ضَرُورَاتِ السُّكْنَى، كَمَا فِي الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا رَشَّ مَاءً كَثِيرًا بِحَيْثُ يُزْلَقُ بِهِ عَادَةً، أَمَّا إِذَا رَشَّ مَاءً قَلِيلًا كَمَا هُوَ

قوله: (بخلاف ما إذا فعل في سكة غير نافذة)؛ يعني: لو صب الماء أو رشه، أو توضأ في الطريق فتلف شيء؛ لم يضمن.

وفي الذخيرة: لو فعل شيئًا من ذلك في الطريق، في سكة غير نافذة، فعطب به إنسان؛ ينظر: إن فعل ما ليس من جملة السكنى - كحفر البئر -؛ لا يضمن حصة نفسه، ويضمن حصة[1] شركائه. وإن فعل شيئًا من جملة [السكنى][2] كما إذا وضع خشبة أو توضأ، أو قعد أو أوقص دابته فعطب؛ فالقياس كذلك، والاستحسان لا يضمن شيئًا؛ لأن الطريق في سكة غير نافذة، مملوك لأهل السكة مشترك فيما بينهم، فكان كالدار المشتركة، وفي الدار المشتركة إذا أحدث شيئًا بغير إذن الشركاء؛ فالجواب على التفصيل، كذا هاهنا. بخلاف ما إذا كانت السكة نافذة.

وفي السكة النافذة إنما يضمن الراشُّ وغيره إذا لم يعلم المار، بأن كان أعمى، أو مر ليلًا، أما لو علم المار بالرش، ومضى على الموضع الذي رش؛ لا يضمن الرَّاشُّ. وكذا لو تعمد المرور على الخشبة؛ وذلك لأن المار هو الذي خاطر بروحه لما علم الرش والخشبة، وتعمد المشي، فيكون هو مباشرًا، فلا يكون على المسبب ضمان.

وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد: وضع خشبة في طريق غير نافذ أحد منهم ونحوها، فلا ضمان؛ لأن هذه بمنزلة الدار بين الشركاء.

ولو حفر بئرا فوقع فيه إنسان يضمن، كما لو حفر بئرا في الدار المشتركة، فيضمن حصة شركائه دون حصته؛ لأن السكة تخالف الدار المشتركة في الحفر

---

(١) في الأصل: (صحة) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الْمُعْتَادُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُزْلَقُ بِهِ عَادَةً، لَا يَضْمَنُ (وَلَوْ تَعَمَّدَ الْمُرُورَ فِي مَوْضِعِ صَبِّ الْمَاءِ فَسَقَطَ، لَا يَضْمَنُ الرَّاشُّ) لِأَنَّهُ صَاحِبُ عِلَّةٍ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا رَشَّ بَعْضَ الطَّرِيقِ، لِأَنَّهُ يَجِدُ مَوْضِعًا لِلْمُرُورِ لَا أَثَرَ لِلْمَاءِ فِيهِ، فَإِذَا تَعَمَّدَ الْمُرُورَ عَلَى مَوْضِعِ صَبِّ الْمَاءِ مَعَ عِلْمِهِ بِذَلِكَ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الرَّاشِّ شَيْءٌ، وَإِنْ رَشَّ جَمِيعَ الطَّرِيقِ، يَضْمَنُ، لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِي الْمُرُورِ؛ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْخَشَبَةِ الْمَوْضُوعَةِ فِي الطَّرِيقِ فِي أَخْذِهَا جَمِيعَهُ، أَوْ بَعْضَهُ (وَلَوْ رَشَّ فِنَاءَ حَانُوتٍ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، فَضَمَانُ مَا عَطِبَ عَلَى الْآمِرِ اسْتِحْسَانًا. وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَبْنِيَ لَهُ فِي فِنَاءِ حَانُوتِهِ، فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ

في خصلة؛ وهي أن الجاني في الدار المشتركة يضمن ما نقصها الحفر دون السكة؛ لأن الدار المشتركة مملوكة لهم حقيقة، فينتفعون بها، بخلاف السكة.

وقال أحمد: في حفر البئر في الدار المشتركة؛ يضمن جميع ما تلف، وهو قياس مذهب الشافعي؛ لأنه متعد بالحفر، فيضمن الكل، كما لو حفر في دار غيره.

وقلنا: تعديه في نصيب شريكه لا في نصيب نفسه، فكان الضمان بقدره.

ولو كان الشركاء ثلاثًا؛ يضمن الحافر ثلثي التالف لما ذكرنا.

وقال أبو يوسف: عليه نصف الضمان؛ لأنه تلف بجهتين، وكان الضمان نصفين، كما [لو](١) جرح واحد جرحًا والآخر جرحين.

قوله: (ليبني له في فناء حانوته) إلى آخره: الفناء: سعة أمام البيوت المعد لحوائجها. كذا في المغرب(٢).

وذكر التمرتاشي: الفناء: ما أعد لحوائج الدار، كربط الدابة وكسر الحطب.

(فتعقل به)؛ أي: تشبث وتعلق بالبناء.

وفي جامع المحبوبي: والذي ذكره في الكتاب؛ فيما إذا لم يعلم الأجير أن الفناء للغير، أما إذا علم؛ فالضمان على الأجير، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ٣٦٧).

بَعْدَ فَرَاغِهِ فَمَاتَ، يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الآمِرِ اسْتِحْسَانًا، وَلَوْ كَانَ أَمَرَهُ بِالبِنَاءِ فِي وَسَطِ الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَى الأَجِيرِ) لِفَسَادِ الأَمْرِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَفَرَ بِئْرًا فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ، أَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَتَلِفَ بِذَلِكَ إِنْسَانٌ، فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلِفَتْ بِهِ بَهِيمَةٌ، فَضَمَانُهَا فِي مَالِهِ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِيهِ، فَيَضْمَنُ مَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُ، غَيْرَ أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ النَّفْسَ دُونَ المَالِ، فَكَانَ ضَمَانُ البَهِيمَةِ فِي مَالِهِ، وَإِلْقَاءُ التُّرَابِ، وَاتِّخَاذُ الطِّينِ فِي الطَّرِيقِ، بِمَنْزِلَةِ إِلْقَاءِ الحَجَرِ وَالخَشَبَةِ لِمَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَنَسَ الطَّرِيقَ فَعَطِبَ بِمَوْضِعِ كَنْسِهِ إِنْسَانٌ، حَيْثُ لَمْ يَضْمَنْ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ، فَإِنَّهُ مَا أَحْدَثَ شَيْئًا فِيهِ، إِنَّمَا قَصَدَ دَفْعَ الأَذَى عَنِ الطَّرِيقِ، حَتَّى لَوْ جَمَعَ الكُنَاسَةَ فِي الطَّرِيقِ وَتَعَقَّلَ بِهَا إِنْسَانٌ، كَانَ ضَامِنًا لِتَعَدِّيهِ بِشَغْلِهِ (وَلَوْ وَضَعَ حَجَرًا فَنَحَّاهُ غَيْرُهُ عَنْ مَوْضِعِهِ، فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ، فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي نَحَّاهُ) لِأَنَّ حُكْمَ فِعْلِهِ قَدِ انْتَسَخَ لِفَرَاغِ مَا شَغَلَهُ، وَإِنَّمَا اشْتُغِلَ بِالفِعْلِ الثَّانِي مَوْضِعٌ آخَرُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فِي البَالُوعَةِ يَحْفِرُهَا الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ، فَإِنْ أَمَرَهُ السُّلْطَانُ بِذَلِكَ، أَوْ

قال شيخ الإسلام: إن كان الطريق معروفًا للعامة؛ فالضمان على الأجير، أعلمهم المستأجر بذلك أو لا؛ لأن الطريق إذا كان مشهورا يعرفه كل أحد، فقد علم الأجير فساد الأمر؛ [إذ الأمر][1] بالحفر في ملك الغير فاسد بلا خلاف لأحد، فصار وجوده كعدمه.

وفي المبسوط: لا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها[2] في غير فنائه؛ لأن عمرو بن الحارث كان من جملة الرؤساء، معلوم أنه ما باشر الحفر بنفسه، بل بالأجراء، ثم ضمَّنه شريح؛ وهذا لأنهم يعلمون أنه له، ولهذا يستوجبون الأجر عليه، فصاروا مغرورين من جهته، حيث لم يعلمهم أن ذلك الموضع ليس بفنائه، وإنما حفروا اعتمادا على أمره، وعلى أن ذلك من فنائه، فلدفع ضرر الغرور ينقل فعلهم إلى الآمر، فيصير كأنه حفر بنفسه[3]، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (في البالوعة): قيل: هو بئر في وسط الدار لماء المطر.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

(٢) في النسخ الخطية: (أن)، والمثبت من المبسوط (٢٧/ ١٥).

(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ١٥).

أَجْبَرَهُ عَلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، حَيْثُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِأَمْرِ مَنْ لَهُ الوِلَايَةُ فِي حُقُوقِ العَامَّةِ (وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، فَهُوَ مُتَعَدٍّ) إِمَّا بِالتَّصَرُّفِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، أَوْ بِالِافْتِيَاتِ عَلَى رَأْيِ الإِمَامِ، أَوْ هُوَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَكَذَا الجَوَابُ ......

وفي الصحاح: البلوعة: ثقب في وسط الدار[(١)].

والافتئات: الاستبداد بالرأي، افتعال من الفوت وهو الشق.

وفي المبسوط: لو حفر بالوعة في الطريق الأعظم، منع من ذلك؛ لأنه لا يخلو عن ضرر، فإن أمره السلطان بذلك؛ لم يضمن ما تلف فيها، وإنما لم يضمن فيما إذا كان بإذن الإمام، إذا كان فيه مصلحة[(٢)]، وهو قول الشافعي. أما إذا كان [٢/ ٤٩٤/ب] فيه مفسدة يضمن وإن كان بإذن الإمام؛ لأن إذن الإمام لا يعتبر فيما يكون فيه مفسدة بلا خلاف.

وقال أحمد: إذن الإمام لا يعتبر وإن لم يكن فيه مفسدة، حتى لو حفر في موضع لآخر وفيها نظر، إن حفرها لنفسه؛ ضمن ما تلف بها، سواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه؛ لأنه حفر في موضع مشترك بغير إذن أهله، فيضمن كما لو لم يأذن الإمام.

وقلنا: للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه، كالإذن بالقعود فيه.

أما لو حفرها لماء المطر، أو ليشرب منه العامة ونحوه؛ فلا ضمان عليه إذا حفرها بإذن الإمام، فلا خلاف فيه.

والصحيح عن أحمد: أنه لا يضمن بغير الإذن؛ لأن فيه منفعة العامة ومصلحتهم، وقد يشق استئذان الإمام، فتفوت مصلحتهم.

وعن بعض أصحاب الشافعي ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا ضمان عليه.

والثاني: يجب عليه الضمان. والثالث: لو حفرها لارتفاق نفسه ضمن، وإن حفرها لارتفاق المسلمين لا يضمن.

قوله: **(أو هو مباح مقيد بشرط السلامة)**؛ لأن الانتفاع بطريق العامة إنما يباح بشرط السلامة.

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٣/ ١١٨٨).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٢٥).

عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ فِي جَمِيعِ مَا فُعِلَ فِي طَرِيقِ العَامَّةِ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ وَغَيْرِهِ، لِأَنَّ المَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ (وَكَذَا إِنْ حَفَرَهُ فِي مِلْكِهِ، لَا يَضْمَنُ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ (وَكَذَا إِذَا حَفَرَهُ فِي فِنَاءِ دَارِهِ) لِأَنَّ لَهُ ذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ دَارِهِ، وَالفِنَاءُ فِي تَصَرُّفِهِ، وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَ الفِنَاءُ مَمْلُوكًا لَهُ، أَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ الحَفْرِ فِيهِ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، أَمَّا إِذَا كَانَ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، أَوْ مُشْتَرَكًا، بِأَنْ كَانَ فِي سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِأَنَّهُ مُسَبِّبٌ مُتَعَدٍّ، وَهَذَا صَحِيحٌ.

قال في شرح الأقطع: قد قالوا: لو قعد في الطريق ليستريح، أو لمرض أو ضعفه، فعثر به إنسان يضمن؛ لأن المشي في الطريق مباح بشرط السلامة، كما أن الله أباح الرمي إلى الصيد، فلو رمى صيدًا وأصاب إنسانًا أو شاة؛ ضمن، واعتبر فيه السلامة.

قوله: (على هذا التفصيل)؛ وهو أنه لو فعله بأمر من له الولاية في الأمر لا يضمنه، وبغير أمره يضمنه.

(مما ذكرناه) من أول الباب إلى هاهنا، من إشراع الجناح، وإحداث الكنيف والميزاب، أو الجرصن، أو حفر البئر في طريق المسلمين.

وقوله: (وغيره)؛ وهو كبناء الظلة، وغرس الأشجار، ورمي الثلج، والجلوس للبيع؛ لأن هذه الأشياء غير مذكورة في الكتاب.

قوله: (أو كان له حق الحفر فيه) بأن لا يضر المسلمين، أو أذن له الإمام وجعل له حق الحفر وقت القسمة.

وذكر التمرتاشي: أفنية الأبواب التي في الطريق الشارع؛ ليست بمملوكة لأصحاب الدور، ولو أرادوا أن يحدثوا شيئًا في أفنيتهم؛ فهذا وما لو أحدثوا في غير أفنيتهم سواء.

وفي المحيط: رمى بثلج أو جمد في الطريق، فزلق به إنسان؛ قال محمد: إن كانت السكة نافذة ضمن، وإن كانت غير نافذة وفيها دور، فرموا أصحاب الدور ثلجهم فزلق؛ لا ضمان عليهم.

قال أبو الليث: يجب أن لا يضمن وإن كانت السكة نافذة؛ لعموم البلوى في بلادنا؛ لكثرة الثلج، والثلج في بلادهم قليل. والصحيح: جواب محمد.

(وَلَوْ حفَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَمَاتَ الوَاقِعُ فِيهِ جُوعًا، أَوْ غَمًّا، لَا ضَمَانَ عَلَى الحَافِرِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، لِأَنَّهُ مَاتَ لِمَعْنًى فِي نَفْسِهِ، فَلَا يُضَافُ إِلَى الحَفْرِ، وَالضَّمَانُ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا مَاتَ مِن الوُقُوعِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: إِنْ مَاتَ جُوعًا فَكَذَلِكَ، وَإِنْ مَاتَ غَمًّا فَالحَافِرُ ضَامِنٌ لَهُ، لِأَنَّهُ لَا سَبَبَ لِلْغَمِّ سِوَى الوُقُوعِ، أَمَّا الجُوعُ فَلَا يَخْتَصُّ بِالبِئْرِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ ضَامِنٌ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا(*)، لِأَنَّهُ إِنَّمَا حَدَثَ بِسَبَبِ الوُقُوعِ، إِذْ لَوْلَاهُ لَكَانَ الطَّعَامُ قَرِيبًا مِنْهُ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ، فَحَفَرُوهَا لَهُ فِي غَيْرِ فِنَائِهِ، فَذَلِكَ عَلَى المُسْتَأْجِرِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الأُجَرَاءِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فِنَائِهِ) لِأَنَّ الإِجَارَةَ صَحَّتْ ظَاهِرًا

قوله: (أو غمًّا)؛ أي: اختناقًا بالعفونة. كذا وجدت بخط الثقات.

وفي الصحاح: يوم غَمٌّ؛ إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر(١).

(لأنه)؛ أي: الجوع والغم (معنى في نفسه).

وفي بعض النسخ: (مات لمعنى في نفسه) فصار كأنه مات حتف أنفه.

وفي المبسوط: لا يصير هلاكه مضافًا إلى الحفر؛ لطروء سبب آخر وهو سبب الهلاك، وهو الجوع أو الغم، والجوع أثر هيجان طبعه، والغم من أثر قلبه، ولا صنع للحافر فيهما، فلا يجعل الحافر كالدافع(٢).

قوله: (لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع)؛ إذ الغم أثر جعل الأرض عميقًا، وهو من آثار حفره، فيضاف إليه، أما الجوع معنى يحدث فيه بهيجان الطبع، حتى لم يبق شيء في معدته من سوى الطعام، وليس ذلك من أثر حفره.

(وقال محمد: هو ضامن)؛ أي: الحافر (في الوجوه) سواء مات جوعًا أو غمًّا أو غيرهما، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

قوله: (ولا شيء على الأُجَراء إذا لم يعلموا أنها في غير فنائه): ولا يعلم فيه خلاف.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٥/ ١٩٩٨).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ١٥).

إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا، فَنُقِلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَغْرُورِينَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ آخَرَ بِذَبْحِ هَذِهِ الشَّاةِ فَذَبَحَهَا، ثُمَّ ظَهَرَ أَنَّ الشَّاةَ لِغَيْرِهِ، إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَضْمَنُ المَأْمُورُ، وَيَرْجِعُ عَلَى الآمِرِ، لِأَنَّ الذَّابِحَ مُبَاشِرٌ، وَالآمِرُ مُسَبِّبٌ، وَالتَّرْجِيحُ لِلْمُبَاشَرَةِ، فَيَضْمَنُ المَأْمُورُ وَيَرْجِعُ المَغْرُورُ، وَهُنَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى المُسْتَأْجِرِ ابْتِدَاءً، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ، وَالأَجِيرُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، وَالمُسْتَأْجِرُ مُتَعَدٍّ، فَيُرَجَّحُ جَانِبُهُ (وَإِنْ عَلِمُوا ذَلِكَ، فَالضَّمَانُ عَلَى الأُجَرَاءِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ أَمْرُهُ بِمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لَهُ، وَلَا غُرُورَ، فَبَقِيَ الفِعْلُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ (وَإِنْ قَالَ لَهُمْ: هَذَا فِنَائِي وَلَيْسَ لِي فِيهِ حَقُّ الحَفْرِ، فَحَفَرُوا، وَمَاتَ فِيهِ إِنْسَانٌ: فَالضَّمَانُ عَلَى الأُجَرَاءِ قِيَاسًا) لِأَنَّهُمْ عَلِمُوا بِفَسَادِ الأَمْرِ فَمَا غَرَّهُمْ (وَفِي الِاسْتِحْسَانِ الضَّمَانُ عَلَى المُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّ كَوْنَهُ فِنَاءً لَهُ بِمَنْزِلَةِ كَوْنِهِ مَمْلُوكًا لَهُ لِانْطِلَاقِ يَدِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ مِن إِلْقَاءِ الطِّينِ وَالحَطَبِ وَرَبْطِ الدَّابَّةِ

وذكر خواهر زاده: هذا إذا لم يكن الطريق مشهورًا أنه طريق العامة، أما إذا كان مشهورًا أنه طريق العامة؛ ضمنوا، علموا أو لم يعلموا.

قوله: (ولا [غرور])[1]؛ يعني: إنما يعتبر أمره لإثبات صفة الحل، أو لدفع الغرور، وقد انعدما جميعًا هاهنا بالعلم.

قوله: (لانطلاق يده في التصرف): فإن عند أبي حنيفة: يحل له ذلك فيما بينه وبين ربه إذا لم يمنعه مانع. وعندهما: له أن يحفر في فنائه إذا لم يضر بالمارة، وليس لأحد منعه من ذلك، ولكن بشرط السلامة يحل.

قوله: (فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهرًا).

فإن قيل: قوله: (ليس لي حق الحفر فيه) يخالف هذا الظاهر، وهو صريح، فلا تعتبر الدلالة بمقابلته.

قلنا: قوله: (ليس لي فيه حق الحفر) يحتمل أراد: ليس لي فيه حق الحفر في القديم، وهكذا في المبسوط، فيكون الصريح مشترك الدلالة، فلا يعارض الدلالة.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من المتن والنسخة الثانية.

وَالرُّكُوبِ وَبِنَاءِ الدُّكَّانِ، فَكَانَ الأَمْرُ بِالحَفْرِ فِي مِلْكِهِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى مَا ذَكَرْنَا، فَكَفَى ذَلِكَ لِنَقْلِ الفِعْلِ إِلَيْهِ. قَالَ: (وَمَنْ جَعَلَ قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ المُرُورَ عَلَيْهَا فَعَطِبَ: فَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي عَمِلَ القَنْطَرَةَ، وَكَذَلِكَ إِذَا وَضَعَ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ، فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ المُرُورَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الأَوَّلَ: تَعَدٍّ هُوَ تَسْبِيبٌ، وَالثَّانِي: تَعَدٍّ هُوَ مُبَاشَرَةٌ، فَكَانَتِ الإِضَافَةُ إِلَى المُبَاشِرِ أَوْلَى، وَلِأَنَّ تَخَلُّلَ فِعْلِ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ يَقْطَعُ النِّسْبَةَ كَمَا فِي الحَافِرِ مَعَ المُلْقِي. قَالَ: (وَمَنْ حَمَلَ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ، فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ، فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ، فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَا إِذَا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ بِهِ إِنْسَانٌ، وَإِنْ كَانَ رِدَاءً قَدْ لَبِسَهُ، فَسَقَطَ عَنْهُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ: لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا اللَّفْظُ يَشْمَلُ الوَجْهَيْنِ،

قوله: (ولو جعل قنطرة): القنطرة: ما أحكم بناؤه ولا [٢/٤٩٥/أ] يرفع.

والجسر: ما يوضع ويرفع.

(فلا ضمان على الذي قنطره): وكذا لو كان النهر ملكه لا يضمن؛ لأن الأول تعدّى إلى[1] بناء القنطرة، ووضع الخشبة تعدٍّ؛ لأن التدبير في وضع القناطر على الأنهار العظام، من حيث تعيين المكان والتضييق والسعة للإمام، فكان جناية بهذا الاعتبار، والجناية تعدٍّ. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

(والثاني)؛ وهو المرور (متعمدا) قيل: على قياس مسألة الماء، ينبغي أنه إذا لم يوجد طريق آخر يمر فيه، فعبر على النهر؛ يضمن وإن تعمد المشي، هذا إذا كان النهر خاصًّا، أما إذا كان النهر لجماعة المسلمين؛ فكذلك في ظاهر الرواية، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في وجه.

وعن أبي يوسف: لا ضمان عليه، علم الماشي بذلك أو لم يعلم؛ لأنه أقام خشبة في موضع له حق، فلا يضمن، كما لو بسط حصيرا في مسجد لغيره، وبه قال الشافعي، وأحمد في وجه، ولهذا لو حفر بئرا في أرض مفازة لانتفاع الناس؛ لا يضمن الحافر.

وقوله: (وهذا اللفظ)؛ إشارة إلى قوله: (فعطب به إنسان).

---

(١) في الأصل: (أي) والمثبت من النسخة الثانية.

وَالفَرْقُ: أَنَّ حَامِلَ الشَّيْءِ قَاصِدٌ حِفْظَهُ، فَلَا حَرَجَ فِي التَّقْيِيدِ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ، وَاللَّابِسُ لَا يَقْصِدُ حِفْظَ مَا يَلْبَسُهُ، فَيَخْرُجُ بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَا، فَجَعَلْنَاهُ مُبَاحًا مُطْلَقًا، وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ إِذَا لَبِسَ مَا لَا يَلْبَسُهُ عَادَةً، فَهُوَ كَالحَامِلِ، لِأَنَّ الحَاجَةَ لَا تَدْعُو إِلَى لُبْسِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ المَسْجِدُ لِلْعَشِيرَةِ فَعَلَّقَ رَجُلٌ مِنْهُمْ فِيهِ قِنْدِيلًا، أَوْ جَعَلَ فِيهِ بَوَارِيَ، أَوْ حَصَاةً، فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ: لَمْ يَضْمَنْ، ....

(يشمل الوجهين)؛ وهما تلف الإنسان بسقوط اللبد عليه، أو بعثوره عليه.

(والفرق)؛ أي: بين الشيء المحمول؛ حيث يجب الضمان به فيما إذا هلك إنسان، و[بين][1] الثوب الملبوس؛ حتى لا يجب الضمان فيه.

وإن هلك إنسان بوقوعه عليه، إن حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره، مباح، لكنه مقيد بشرط السلامة، بمنزلة الرامي إلى الهدف والصيد.

(فيخرج بالتقييد بما ذكرناه)؛ أي: بوصف السلامة.

قوله: (إذا لبس ما لا يلبسه)؛ أي: في العادة، كاللّبد، والجوالق، ودرع الحرب في غير موضع الحرب، أو لبس ثوبًا لا يحتاج إليه من حيث الزينة، ومن حيث دفع الحر والبرد.

وذكر المحبوبي: لو لبس ثوبًا زيادة على قدر الحاجة؛ لم يذكره محمد في الكتاب، وروى ابن سماعة عنه أنه قال: يضمن إذا سقط وعطب به إنسان؛ لأنه لا تعمُّ به البلوى. وقياس قول الأئمة الثلاثة: لا يضمن؛ لعدم التعدي.

العشيرة: القبيلة. ذكرها في الصحاح[2]، والمراد هاهنا: أهل المسجد.

قوله: (لم يضمن)؛ يعني: وإن كان بغير إذن الإمام. وبه قال أحمد، والشافعي في وجه. وقال الشافعي في وجه: بغير إذن الإمام يضمن.

وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة، وفعل بغير إذن الإمام وبغير إذن العشيرة؛ ضمن، وبه قال الشافعي في وجه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٢/ ٧٤٧).

وَإِنْ كَانَ الَّذِي فَعَلَ ذَلِكَ مِن غَيْرِ العَشِيرَةِ ضَمِنَ) قَالُوا: هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا(*)، لِأَنَّ هَذِهِ مِن القُرَبِ، وَكُلُّ أَحَدٍ مَأْذُونٌ فِي إِقَامَتِهَا، فَلَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، كَمَا إِذَا فَعَلَهُ بِإِذْنِ وَاحِدٍ مِن أَهْلِ المَسْجِدِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ الفَرْقُ: أَنَّ التَّدْبِيرَ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالمَسْجِدِ لِأَهْلِهِ دُونَ غَيْرِهِمْ، كَنَصْبِ الإِمَامِ، وَاخْتِيَارِ المُتَوَلِّي، وَفَتْحِ بَابِهِ وَإِغْلَاقِهِ، وَتَكْرَارِ الجَمَاعَةِ إِذَا سَبَقَهُمْ بِهَا غَيْرُ أَهْلِهِ، فَكَانَ فِعْلُهُمْ مُبَاحًا مُطْلَقًا غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَفِعْلُ غَيْرِهِمْ تَعَدِّيًا، أَوْ

قوله: (وقالا: لا يضمن في الوجهين)؛ وهما إذن الإمام أو العشيرة، أو عدم إذنهما، وبه قال الشافعي في وجه، ومالك، وأحمد.

قال الحلواني: أكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة، وعليه الفتوى. كذا في الذخيرة. وفيها: ووضع الحب لشرب الماء؛ على هذا الاختلاف.

قال التمرتاشي: لو ضاق المسجد بأهله؛ لأهله أن يمنعوا من ليس من أهله عن الصلاة فيه لنصب الإمام.

عن ابن سلام: باني المسجد أولى بالعمارة، والقوم أولى بنصب الإمام والمؤذن.

وعن الإسكاف: الباني أحق بذلك.

قال أبو الليث: وبه نأخذ، إلا أن يُنَصَّبَ والقوم يريدون من هو أصلح لذلك.

(وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله)؛ يعني: لو صلّى فيه غير أهل المسجد بجماعة؛ لأهل المسجد تكرار الجماعة بلا كراهة. أما لو صلَّى أهل المسجد بجماعة؛ لا يكون لغير أهله أن يصلّوا فيه بجماعة، فعلم بهذا أن أهل المسجد ليسوا بسواء لغير أهله.

أو نقول: لا يبعد أن يكون المسلمون فيما هو المقصود وهو الصلاة فيه

(*) الراجح: قول الصاحبين.

مُبَاحًا، مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَقَصْدُ القُرْبَةِ لَا يُنَافِي الغَرَامَةَ إِذَا أَخْطَأَ الطَّرِيقَ، كَمَا إِذَا تَفَرَّدَ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا، وَالطَّرِيقُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ الِاسْتِئْذَانُ مِن أَهْلِهِ. قَالَ: (وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنْهُمْ فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ، لَمْ يَضْمَنْ إِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ ضَمِنَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ عَلَى كُلِّ حَالٍ(*).

سواء، ومع ذلك يختص أهل المسجد بالتدبير فيه، كالكعبة، فالناس فيما هو المقصود وهو الطواف سواء، ثم اختص بنو شيبة بالتدبير، حتى إنه ﷺ [لما](١) أخذ المفتاح منهم يوم الفتح، نزل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

(وقصد القربة لا ينافي الغرامة)؛ ألا ترى أن الإنسان إذا وقف في الطريق لإماطة الأذى عن الطريق، أو لدفع الظلم عن غيره، فعطب به إنسان؛ يضمن وإن كان يستحق الثواب. هذا كله في المبسوط(٢)، والذخيرة.

قوله: (تفرد بالشهادة)؛ فإن شهادتها في حقوق الله تعالى حسبة كانت قربة، لكن لما فات شرطه وهو كون الشهود أربعة؛ تنقلب شهادته قذفًا، حتى يجب حد القذف على الشاهد.

قوله: (لم يضمن إن كان في الصلاة): سواء كانت الصلاة فرضًا أو نفلًا. ذكره شيخ الإسلام.

(وهذا)؛ [٢/ ٤٩٥/ب] أي: التفصيل الذي ذكرنا.

وكونه في غير الصلاة يضمن عندنا مطلقًا، ليس بصحيح على إطلاقه؛ فإن شمس الأئمة - رحمه الله - قال في جامعه: لو جلس لانتظار الصلاة لا يضمن؛ لقوله ﷺ: «المُنتَظِرُ للصَّلاةِ في الصَّلاةِ»(٣)، وإنما الخلاف فيمن جلس لعمل ليس له اختصاص بالمسجد؛ كدرس العلم، وقراءة القرآن.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من المبسوط (٢٧/ ٢٤).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٢٤).

(٣) أخرجه بنحوه البخاري (١/ ١٣٢ برقم ٦٥٩)، ومسلم (١/ ٤٦٠ برقم ٦٤٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ القُرْآنِ، أَوْ لِلتَّعْلِيمِ، أَوْ لِلصَّلَاةِ، أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ،أَوْ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ، أَوْ مَرَّ فِيهِ مَارٌّ، أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِحَدِيثٍ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَأَمَّا المُعْتَكِفُ: فَقَدْ قِيلَ: عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَقِيلَ: لَا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ. لَهُمَا: أَنَّ المَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَالذِّكْرِ وَلَا يُمْكِنُهُ أَدَاءُ الصَّلَاةِ

وفي الذخيرة: لو جلس للدرس، أو لقراءة القرآن، أو للذكر والتسبيح، أو للاعتكاف؛ لا رواية لهذا في الكتاب، واختلف المتأخرون:

قال أبو بكر الرازي: يضمن عنده.

وقال أبو بكر البلخي: إن جلس لقراءة القرآن، أو معتكفًا في المسجد؛ لا يضمن بالإجماع.

وذكر فخر الإسلام، والصدر الشهيد: لو جلس للحديث؛ يضمن بالإجماع؛ لأنه غير مباح له.

وفي النهاية: فعلى هذا، ما ذكره في المتن: (**ولو كان جالسًا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة**) إلى [قوله][(١)] (فهو على هذا الخلاف) مخالف لهذه الروايات، والله أعلم بصحته.

أجيب: يمكن أن يكون مختار صاحب الكتاب مختار أبي بكر الرازي. ولكن فيه بُعد كما ترى. وبقولهما: قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (وله)؛ أي: لأبي حنيفة (**بني للصلاة**) إلى آخره.

فإن قيل: المسجد كما بُنِيَ للصلاة بُنِي لذكر الله تعالى وتسبيحه، وللاعتكاف، قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلْغُدُوِّ وَٱلْآصَالِ ﴿٣٦﴾﴾ [النور:٣٦]، وقال: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [البقرة:١١٤]، وقال تعالى: ﴿وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة:١٨٧]، فيجب أن يكون في القعود لهذه الأشياء لا يضمن، كما لو كان في الصلاة.

قلنا: الآيات تدل على إباحة هذه الأشياء، ويكون مأجورًا لو فعل هذه الأشياء فيه مباحًا وقربة. وقلنا: كونه مباحًا للثواب وقربة لا ينافي الغرامة، كما قلنا في الوقوف على الطريق لدفع الأذى عن الطريق، أو لدفع الظلم، أما

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِالْجَمَاعَةِ إِلَّا بِانْتِظَارِهَا، فَكَانَ الْجُلُوسُ فِيهِ مُبَاحًا، لِأَنَّهُ مِن ضَرُورَاتِ الصَّلَاةِ، أَوْ لِأَنَّ الْمُنْتَظِرَ لِلصَّلَاةِ فِي الصَّلَاةِ حُكْمًا بِالْحَدِيثِ، فَلَا يَضْمَنُ كَمَا إِذَا كَانَ فِي الصَّلَاةِ.

وَلَهُ: أَنَّ الْمَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ، وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مُلْحَقَةٌ بِهَا، فَلَا بُدَّ مِن إِظْهَارِ التَّفَاوُتِ، فَجَعَلْنَا الْجُلُوسَ لِلْأَصْلِ مُبَاحًا مُطْلَقًا، وَالْجُلُوسَ لِمَا يُلْحَقُ بِهِ مُبَاحًا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَلَا غَرْوَ أَنْ يَكُونَ الْفِعْلُ مُبَاحًا، أَوْ مَنْدُوبًا إِلَيْهِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالرَّمْيِ إِلَى الْكَافِرِ، أَوْ إِلَى الصَّيْدِ، وَالْمَشْيِ فِي الطَّرِيقِ،

المسجد بني للصلاة قصدًا بدليل شرعي وعرفي ولغوي. أما الشرعي؛ فإنه للمصلي أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه، وإن كان القاعد مشتغلًا بالذكر والتدريس والقراءة والاعتكاف. أما لو كان أحد يصلي فيه؛ ليس لغيره أن يزعج السابق عن مكانه.

وأما العرفي فظاهر؛ فإن الناس تعارفوا بناءه للصلاة لا لغيرها.

وأما اللغوي؛ فهو أنه سمي مسجدا، والمسجد موضع السجود؛ أي: السجود في الصلاة، ولهذا لا تجوز الصلاة في غير المسجد قبل شريعتنا. إليه أشار في الذخيرة، وجامع شمس الأئمة.

(فجعلنا الجلوس للأصل) وهو الصلاة (مباحًا مطلقًا)؛ أي: غير مقيد بشرط السلامة.

فإن قيل: هذه القاعدة منقوضة على أهله؛ لأن عنده لا تفاوت بين الأصل والفرع، كما في سعي الجمعة مع الجمعة، فإن بها ينتقض الظهر.

قلنا: الانتقاض ثمة لا لعدم التفاوت بين الأصل والفرع، بل باعتبار قصد الارتفاض في محل يقبله، فيرتفضه ضرورة. كذا قيل.

قوله: (ولا غرو)؛ أي: لا عجب. قال قائل[1]:

لَا غَرْوَ إِن أَحرَقَتْ نارُ الهَوَى كَبِدِي ... فَالنَّارُ حَقٌّ عَلَى مَنْ يَعبُدُ الوَثَنا

---

(١) هو للباخرزي، كما في شذرات الذهب في أخبار من ذهب (٥/ ٢٨٩).

وَالْمَشْيِ فِي الْمَسْجِدِ إِذَا وَطِئَ غَيْرَهُ وَالنَّوْمِ فِيهِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ (وَإِنْ جَلَسَ رَجُلٌ مِن غَيْرِ الْعَشِيرَةِ فِيهِ لِلصَّلَاةِ، فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ، يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ) لِأَنَّ الْمَسْجِدَ بُنِيَ لِلصَّلَاةِ، وَأَمْرُ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ إِنْ كَانَ مُفَوَّضًا إِلَى أَهْلِ الْمَسْجِدِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِن الْمُسْلِمِينَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ وَحْدَهُ.

فَصْلٌ فِي الحَائِطِ المَائِلِ

قَالَ: (وَإِذَا مَالَ الحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، فَطُولِبَ صَاحِبُهُ بِنَقْضِهِ، وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ حَتَّى سَقَطَ، ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهِ مِن نَفْسٍ، أَوْ مَالٍ) وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا يَضْمَنَ، لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِنْهُ مُبَاشَرَةً، وَالْمُبَاشَرَةُ شَرْطٌ هُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ، لِأَنَّ أَصْلَ البِنَاءِ كَانَ فِي مِلْكِهِ، وَالمَيَلَانُ وَشَغْلُ الهَوَاءِ لَيْسَ مِن فِعْلِهِ، فَصَارَ كَمَا قَبْلَ الإِشْهَادِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الحَائِطَ لَمَّا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَقَدْ اشْتَمَلَ هَوَاءَ طَرِيقِ المُسْلِمِينَ بِمِلْكِهِ، وَرَفْعُهُ فِي يَدِهِ، فَإِذَا تُقُدِّمَ إِلَيْهِ وَطُولِبَ بِتَفْرِيغِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ، فَإِذَا امْتَنَعَ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ وَقَعَ ثَوْبُ إِنْسَانٍ فِي حِجْرِهِ، يَصِيرُ مُتَعَدِّيًا بِالِامْتِنَاعِ عَنِ التَّسْلِيمِ إِذَا طُولِبَ بِهِ كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الإِشْهَادِ، لِأَنَّهُ

فَصْلٌ فِي أَحْكَامِ الْحَائِطِ الْمَائِلِ

من حق هذا الفصل أن يؤخر من مسائل جميع الحيوانات؛ لأنه جماد، والجماد مؤخر عن الحيوان، إلا أنه ذكره هاهنا لمناسبة؛ وهو أن الحائط يناسب الجرصن والروشن والجناح وغيرها، فألحقه بها.

قوله: (والقياس أن لا يضمن): وبه قال الشافعي، وأحمد في المنصوص منه، كما لو لم يطالب به؛ لأنه بناه في ملكه ولا تعدي منه.

(وجه الاستحسان): وبه قال مالك، والنخعي، والثوري، وغيرهم من أئمة التابعين؛ كشريح، والشعبي، وروي ذلك عن علي.

وفي المغني لابن قدامة: قال أصحابنا: يضمن، وإليه أومأ أحمد[١].

قوله: (بخلاف ما قبل الإشهاد)؛ فإنه لا يضمن بالإجماع.

---

(١) المغني لابن قدامة (٨/ ٤٢٨).

بِمَنْزِلَةِ هَلَاكِ الثَّوْبِ قَبْلَ الطَّلَبِ، وَلِأَنَّا لَوْ لَمْ نُوجِبْ عَلَيْهِ الضَّمَانَ يَمْتَنِعُ عَن التَّفْرِيغِ، فَيَنْقَطِعُ المَارَّةُ حَذَرًا عَلَى أَنْفُسِهِمْ فَيَتَضَرَّرُونَ بِهِ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ العَامِّ مِن الوَاجِبِ، وَلَهُ تَعَلُّقٌ بِالحَائِطِ، فَيَتَعَيَّنُ لِدَفْعِ هَذَا الضَّرَرِ، وَكَمْ مِن ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ العَامِّ مِنْهُ، ثُمَّ فِيمَا تَلِفَ بِهِ مِن النُّفُوسِ تَجِبُ الدِّيَةُ، وَتَتَحَمَّلُهَا العَاقِلَةُ، لِأَنَّهُ فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً دُونَ الخَطَأِ، فَيُسْتَحَقُّ فِيهِ التَّخْفِيفُ بِالطَّرِيقِ الأُولَى، كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى اسْتِئْصَالِهِ وَالإِجْحَافِ بِهِ، وَمَا تَلِفَ بِهِ مِن الأَمْوَالِ كَالدَّوَابِّ وَالعُرُوضِ يَجِبُ ضَمَانُهَا فِي مَالِهِ، لِأَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ المَالَ، وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ، وَطَلَبُ النَّقْضِ

وعن بعض أصحاب أحمد وجهًا: أنه يضمن قبل الإشهاد أيضًا، وبه قال ابن أبي ليلى، وأبو ثور، وإسحاق؛ لأنه متعدٍّ بتركه مائلًا، فيضمن ما تلف به، كما لو بناه مائلًا ابتداء.

قوله: (فإذا تُقُدِّمَ) على بناء المفعول، بدليل قوله: (وطُولِبَ) بالعطف عليه؛ أي: فإذا أُوذِنَ وأخبر أن حائطه مائل.

قوله: (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه) كما في الرمي(١) على الكفار وإن تترسوا بصبيان المسلمين، ومصانعة الوصي في مال اليتيم، وقطع عضو الأكلة عند خوف الهلاك.

قوله: (وتتحملها العاقلة): ولا يعلم فيه خلاف.

قال محمد - رحمه الله -: العاقلة لا تضمن حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: [٢/٤٩٦/أ] على التقدم إليه في النقض، وعلى أنه مات من سقوطه عليه، وعلى أن الدار له؛ لأن كون الدار في يده ظاهرًا، والظاهر لا يستحق به على الغير. كذا في شرح الأقطع.

(والشرط التقدم إليه): وتفسير التقدم: أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط: إن حائطك هذا مخوف، أو يقول: مائل، فانقضه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئًا.

---

(١) في الأصل والثالثة: (الذمي) والمثبت من الثانية.

مِنْهُ دُونَ الإِشْهَادِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الإِشْهَادَ لِيَتَمَكَّنَ مِن إِثْبَاتِهِ عِنْدَ إِنْكَارِهِ، فَكَانَ مِن بَابِ الِاحْتِيَاطِ. وَصُورَةُ الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ: اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَقَدَّمْت إِلَى هَذَا الرَّجُلِ فِي هَدْمِ حَائِطِهِ هَذَا، وَلَا يَصِحُّ الإِشْهَادُ قَبْلَ أَنْ يَهِيَ الحَائِطُ لِانْعِدَامِ التَّعَدِّي.

قَالَ: (وَلَوْ بَنَى الحَائِطَ مَائِلًا فِي الِابْتِدَاءِ، قَالُوا: يَضْمَنُ مَا تَلِفَ بِسُقُوطِهِ مِن غَيْرِ إِشْهَادٍ) ....

وفي المنتقى: إذا قال له: اهدم حائطك فإنه مائل؛ فهذا إشهاد عليه. ولو قال له: ينبغي أن تهدمه؛ فهذا ليس بإشهاد، بل هو مشهود.

ويشترط لصحة التقدم: أن يكون التقدم إلى من له ولاية التفريغ، حتى لو تقدم إلى من يسكن بإجارة أو بإعارة تسقط بعد ذلك؛ لا ضمان على أحد. أما على المستأجر والمستعير؛ لعدم صحة التقدم إليهما. وأما على المالك؛ فلأنه لم يتقدم إليه.

وبعد صحة التقدم، يشترط لوجوب الضمان؛ دوام القدرة على التفريغ إلى زمان السقوط، والتقدم إلى صاحب الحائط تقدم في نقضه، حتى لو سقط الحائط بعد التقدم، وعثر إنسان بنقضه فمات؛ فديته على صاحب الحائط، وهو قول محمد، وهو الصحيح، خلافًا لأبي يوسف فيما رواه أصحاب الأمالي. كذا في الذخيرة.

(فكان) الإشهاد (من باب الاحتياط)؛ ولهذا لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه؛ وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه. ذكره في التحفة.

قوله: (قبل أن يَهِيَ)؛ [أي:][1] يميل (الحائط).

قوله: (قالوا)؛ أي: العلماء (يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد) ولا يعلم فيه خلاف؛ لأن هذه الشهادة ليست على القتل، بل على المال؛ لأن الثابت بالتقدم المال لا القتل، وكل سبب يوجب المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال. كذا في المبسوط.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّ البِنَاءَ تَعَدٍّ ابْتِدَاءً كَمَا فِي إِشْرَاعِ الجَنَاحِ. قَالَ: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَى التَّقَدُّمِ) لِأَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ عَلَى القَتْلِ، وَشَرْطُ التَّرْكِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ فِيهَا، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن إِمْكَانِ النَّقْضِ لِيَصِيرَ بِتَرْكِهِ جَانِيًا، وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ، أَوْ ذِمِّيٌّ، لِأَنَّ النَّاسَ كُلَّهُمْ شُرَكَاءُ فِي المُرُورِ، فَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ مِن كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً حُرًّا كَانَ أَوْ مُكَاتَبًا، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ، لِأَنَّهُ مُطَالَبَةٌ بِالتَّفْرِيغِ فَيَتَفَرَّدُ كُلُّ صَاحِبِ حَقٍّ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ مَالَ إِلَى دَارِ رَجُلٍ، فَالمُطَالَبَةُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً) لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ عَلَى الخُصُوصِ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا سُكَّانٌ، لَهُمْ أَنْ يُطَالِبُوهُ، لِأَنَّ لَهُمْ المُطَالَبَةَ بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ الدَّارَ، فَكَذَا بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ هَوَاءَهَا، وَلَوْ أَجَّلَهُ صَاحِبُ الدَّارِ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهَا، أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ سَاكِنُوهَا، فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلِفَ بِالحَائِطِ، لِأَنَّ الحَقَّ

قوله: (وشرط الترك في مدة) إلى آخره: وفي الذخيرة: لو شهد على صاحب الحائط، فسأل صاحب الحائط من القاضي أن يؤجله يومين أو ثلاثة، أو ما أشبه ذلك، ففعل القاضي، ثم سقط؛ كان الضمان على صاحب الحائط؛ لأن التأجيل لم يصح؛ لأن الحق لصاحب الدار لا للقاضي، فصار وجود تأجيله وعدمه بمنزلة.

ولو كان التأجيل من صاحب الدار؛ لم يجب الضمان لصحة التأجيل؛ لصدوره من صاحب الحق.

ولو كان حائطه مائلًا إلى الطريق الأعظم، وطلب صاحبه التأجيل من القاضي، ثم سقط؛ فلا يسقط الضمان عنه؛ لأن الحق لعامة المسلمين، وتصرف القاضي في حق العامة إنما ينفذ فيما لهم نفع، لا فيما لهم مضرة، فكان التأجيل وعدمه بمنزلة.

قوله: (بنقضه مسلم أو ذمي): ولا يعلم فيه خلاف.

وفي شرح الأقطع: وكذا لو طالبه صبي، أو رجل غريب من بلد آخر؛ لاستوائهم في حق المرور في الطريق.

وفي شرح الطحاوي: يستوي فيه المسلم والذمي بعد أن كان حرًّا عاقلًا بالغًا، أو كان صغيرًا أذن له وليه بالخصومة، أو كان عبدًا أذن له مولاه

لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَأَجَّلَهُ القَاضِي، أَوْ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ، حَيْثُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ الحَقَّ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، وَلَيْسَ إِلَيْهِمَا إِبْطَالُ حَقِّهِمْ.

وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ بَعْدَمَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ، وَقَبَضَهَا المُشْتَرِي، بَرِئَ مِن ضَمَانِهِ، لِأَنَّ الجِنَايَةَ بِتَرْكِ الهَدْمِ مَعَ تَمَكُّنِهِ، وَقَدْ زَالَ تَمَكُّنُهُ بِالبَيْعِ، بِخِلَافِ إِشْرَاعِ الجَنَاحِ، لِأَنَّهُ كَانَ جَانِيًا بِالوَضْعِ وَلَمْ يَنْفَسِخْ بِالبَيْعِ، فَلَا يَبْرَأُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَى المُشْتَرِي، لِأَنَّهُ لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ بَعْدَ شِرَائِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لِتَرْكِهِ التَّفْرِيغَ مَعَ تَمَكُّنِهِ بَعْدَمَا طُولِبَ بِهِ، وَالأَصْلُ، أَنَّهُ يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَتَمَكَّنُ مِن نَقْضِ الحَائِطِ وَتَفْرِيغِ الهَوَاءِ، وَمَنْ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ لَا يَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ كَالمُرْتَهِنِ وَالمُسْتَأْجِرِ وَالمُودَعِ وَسَاكِنِ الدَّارِ، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى الرَّاهِنِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى ذَلِكَ بِوَاسِطَةِ الفِكَاكِ وَإِلَى الوَصِيِّ وَإِلَى أَبِي اليَتِيمِ أَوْ أُمِّهِ فِي حَائِطِ الصَّبِيِّ لِقِيَامِ الوِلَايَةِ، وَذَكَرَ الأُمَّ فِي «الزِّيَادَاتِ» وَالضَّمَانَ فِي مَالِ اليَتِيمِ، لِأَنَّ فِعلَ هَؤُلَاءِ كَفِعْلِهِ، وَإِلَى المُكَاتَبِ، لِأَنَّ

بالخصومة، ويصح التقدم إلى الراهن؛ لقدرته على الهدم بواسطة الفكاك.

قوله: (وإلى أبي اليتيم وأمه): المراد من اليتيم: الصبي؛ لاستحالة اليتم مع وجود الأب. هكذا ذكره في المبسوط.

(لأن فعل هؤلاء كفعله)؛ أي: فعل الأب والأم والوصي كفعل الصبي؛ لأن هؤلاء يقومون مقام الصبي، ويملكون هدم الحائط، وكان التقدم إليهم كالتقدم إلى الصبي بعد بلوغه، ثم هم في ترك الهدم يعملون للصبي وينظرون له، فكان الضمان على الصبي دونهم. كذا في المبسوط[1]، ولا يعلم [فيه][2] خلاف.

فإن قيل: جاء التفريط في النقض من الأب أو الوصي[3] مع الإمكان، فكان قاصدًا إلحاق الضرر بالصغير، ينبغي أن يجب الضمان على الوصي.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ١٠).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (الصبي) والمثبت من النسخة الثانية.

الوِلَايَةَ لَهُ، وَإِلَى العَبْدِ التَّاجِرِ سَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ، لِأَنَّ وِلَايَةَ النَّقْضِ لَهُ، ثُمَّ التَّلَفُ بِالسُّقُوطِ إِنْ كَانَ مَالاً، فَهُوَ فِي عُنُقِ العَبْدِ، وَإِنْ كَانَ نَفْسًا: فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ المَوْلَى، لِأَنَّ الإِشْهَادَ مِن وَجْهٍ عَلَى المَوْلَى، وَضَمَانُ المَالِ أَلْيَقُ بِالعَبْدِ، وَضَمَانُ النَّفْسِ بِالمَوْلَى، ....

قلنا: نعم كذلك، إلا أن في تفريطه في النقض نوع مضرة للصغير، باعتبار وجوب الضمان عليه عند السقوط، ونوع مصلحة للصغير؛ من حيث إنه يحتاج إلى أن يبنى ثانيًا من ماله، إلا أن جانب المصلحة راجح على جانب المضرة في التفريط؛ لأن ما يلزمه من المؤنة في النقض والبناء ثانيًا من ماله متيقن، وما يلحقه من الضمان على تقدير السقوط موهوم؛ لأنه يحتمل أن لا يسقط، ولو سقط يحتمل أن لا يهلك به شيء، والموهوم لا يعارض المتيقن.

فإن قيل: لو كان التقدم على الوصي أو الأب كالتقدم على الصبي، ينبغي ألا يهدر دم القتيل فيما إذا سقط الحائط بعد بلوغ الصبي وحيث يهدر.

قلنا: [٢/٤٩٦/ب] التقدم على الوصي أو الأب ليس بتقدم إلى الصغير حقيقة، بل جعل كالتقدم إليه لقيام ولايتهما، فما دامت ولايتهما باقية؛ يبقى حكم ذلك التقدم في حقه، وبالبلوغ زال ولايتهما، فبطل حكم ذلك التقدم، ولم يوجد التقدم في حق الصغير، فيهدر دم القتيل. هذا كله مما أشار إليه في الذخيرة.

قوله: (في عنق العبد): حتى يباع فيه كديون التجارة. والقياس: أن يكون على المولى، كضمان النفس.

وفي الاستحسان: العبد التاجر في التزام المال كالحر؛ لأنه منفك الحجر في اكتساب سبب ذلك، وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه؛ لأنه فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك، فكان الضمان على عاقلة المولى. كذا في المبسوط[١].

قوله: (لأن الإشهاد من وجه على المولى).

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ١١).

وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى أَحَدِ الوَرَثَةِ فِي نَصِيبِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَمَكَّنُ مِن نَقْضِ الحَائِطِ وَحْدَهُ، لِتَمَكُّنِهِ مِن إِصْلَاحِ نَصِيبِهِ بِطَرِيقِهِ، وَهُوَ المُرَافَعَةُ إِلَى القَاضِي.

(وَلَوْ سَقَطَ الحَائِطُ المَائِلُ عَلَى إِنْسَانٍ بَعْدَ الإِشْهَادِ فَقَتَلَهُ، فَتَعَثَّرَ بِالقَتِيلِ غَيْرُهُ، فَعَطِبَ، لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيغَ عَنْهُ إِلَى الأَوْلِيَاءِ لَا إِلَيْهِ (وَإِنْ عَطِبَ بِالنَّقْضِ ضَمِنَهُ)

فإن قيل: إذا لم يكن على العبد دين فظاهر؛ لأن الملك للمولى في الحائط المائل، فيجعل الإشهاد على العبد بمنزلة الإشهاد على المولى، أما إذا كان عليه دين، فالمولى لا يملك أكسابه عند أبي حنيفة، فكيف يجعل الإشهاد عليه إشهادًا على المولى، حتى وجب ضمان النفس على عاقلة المولى.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن المولى أحق باستخلاصه لنفسه، فيجعل في حكم الجناية كأن المولى يملكه؛ ألا ترى أن القتيل إذا وجد في دار العبد؛ كانت القسامة والدية على عاقلة المولى، فكذلك هاهنا ضمان الدية على عاقلة المولى. إليه أشار في المبسوط(١). وفيه نوع تأمل.

قوله: (لتمكنه من إصلاح نصيبه) إلى آخره: في المبسوط: هذا جواب الاستحسان، وبه قال أحمد في وجه.

وفي القياس: لا يضمن واحد من الورثة الذي تقدم إليه؛ لعدم تمكنه من نقضه، فلم يفد التقدم فائدته، وأما غيره من الورثة؛ فلعدم التقدم إليهم، وبه قال أحمد في وجه.

وفي الاستحسان: يضمن نصيبه؛ لأنه كان متمكنًا من أن يطلب شريكه ليجتمعوا على هدمه؛ وهذا لأن الإشهاد على جماعتهم متعذر عادة، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه؛ أدى إلى الضرر وهو مدفوع.

قوله: (لا يضمنه)؛ أي: صاحب الحائط لا يضمن القتيل الثاني **(لأن التفريغ عنه)؛** أي: تفريغ الطريق عن القتيل مفوض إلى أوليائه؛ لأنهم هم الذين يتولون دفن ميتهم، بخلاف شرع(٢) الجناح والمسألة بحالها؛ حيث يضمن شرع

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ١٠).
(٢) في الأصل والثانية: (مشروع) والمثبت من الثالثة، وكذا في التي تأتي بعدها.

لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَيْهِ، إِذ النَّقْضُ مِلْكُهُ، وَالإِشْهَادُ عَلَى الحَائِطِ إِشْهَادٌ عَلَى النَّقْضِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ امْتِنَاعُ الشَّغْلِ (وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَى الحَائِطِ فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ: ضَمِنَهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَيْهِ (وَإِنْ كَانَ مِلْكَ غَيْرِهِ: لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيغَ إِلَى

الجناح دية القتيلين[١]؛ لأن إشراع الجناح نفسه جناية؛ لأنه يستغل به هواء[٢] طريق المسلمين، وإذا كان كذلك؛ فصار كأنه ألقاه بيده على القتيل، فصار حصول القتل في الطريق مضافًا إلى فعله، ومن ألقى شيئًا في الطريق كان ضامنًا لما عطب به، وإن لم يكن تفريغ الطريق عليه، فكذلك هاهنا.

أما الحائط، فبناء في ملكه وليس بجناية، وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيًا، لكن جعل كالقاعد بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ، والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل؛ لأن تفريغه على أوليائه. كذا في الذخيرة.

قوله: **(ولو عطب بجرة)** إلى آخره: في المبسوط: وضع شيئًا على حائطه، فوقع ذلك الشيء فأصاب إنسانًا؛ فلا ضمان عليه فيه؛ لأنه وضعه في ملكه، فلا يكون متعديًا فيما يحدثه، سواء كان الحائط مائلًا أو غير مائل؛ لأنه في الموضعين لا يكون ممنوعًا من وضع متاعه على ملكه. كذا في المبسوط[٣].

ولكن ذكر في المبسوط: سقوط الجرة فقط، وفي رواية الكتاب: ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة.

(وإن كانت)؛ أي: الجرة.

وفي بعض النسخ: **(وإن كان الجرة)** على تأويل الشيء ملك غيره.

(لا يضمنه)؛ أي: صاحب الحائط، يعني: لو عثر إنسان على الجرة؛ لا يضمنه صاحب الحائط؛ لأن التفريغ إلى مالكها، ولا يضمن صاحب الجرة؛ لأنه لم يوجد الإشهاد عليه، حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط؛ يضمن لقدرته على رفعها كالنقض.

---

(١) في الأصل: (القبيلتين) والمثبت من الثانية.
(٢) في الأصل: (هذا) والمثبت من الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ١١).

مَالِكِهَا. قَالَ: (وَإِنْ كَانَ الحَائِطُ بَيْنَ خَمْسَةِ رِجَالٍ، أُشْهِدَ عَلَى أَحَدِهِمْ، فَقَتَلَ إِنْسَانًا: ضَمِنَ خُمُسَ الدِّيَةِ، وَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ، فَحَفَرَ أَحَدُهُمْ فِيهَا بِئْرًا، وَالحَفْرُ كَانَ بِغَيْرِ رِضَا الشَّرِيكَيْنِ الآخَرِينَ، أَوْ بَنَى حَائِطًا فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ، فَعَلَيْهِ ثُلُثَا الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي الفَصْلَيْنِ)(*) لَهُمَا أَنَّ التَّلَفَ بِنَصِيبِ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ مُعْتَبَرٌ، وَبِنَصِيبِ مَنْ لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهِ هَدَرٌ، فَكَانَا قِسْمَيْنِ، فَانْقَسَمَ نِصْفَيْنِ كَمَا مَرَّ فِي عَقْرِ الأَسَدِ، ....

(فعليه)؛ أي: فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط بغير إذن الشريك (ثلثا الدية) عند أبي حنيفة.

(وقالا)؛ أي: أبو يوسف ومحمد (عليه نصف الدية في الفصلين)؛ أي: فصل حائط مائل مشترك بين خمسة، وفصل دار بين ثلاثة نفر.

وقال أحمد: لو حفر أحدهم بغير إذن شريكه؛ أنه يضمن تمام ما تلف، وهو قياس مذهب الشافعي؛ لأنه متعدٍّ بالحفر، فيضمن الواقع فيها، كما لو كانت في ملك غيره، والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر، فكان موجبًا لجميع الضمان.

قوله: (بنصيب من أشهد عليه معتبر)؛ لأنه يصير جانيًا، وما تلف. [٢/٤٩٧/أ]

(بنصيب من لم يشهد عليه)؛ لعدم الإشهاد، فلما هدر البعض واعتبر البعض؛ جعلا قسمين.

(كما مر في عقر الأسد) إلى آخره؛ وهذا لأن حكم نصيب الشركاء في حقه واحد، فلا ينظر إلى تعدد الشركاء. ولا فرق بين أن يكون شريكه في الحائط المائل واحدًا أو جماعة. وكذلك في المسألة الثانية وهي الحفر، فباعتبار شريكه متعدٍّ في حقه، وصفة التعدي في حقه لا تختلف بقلة الشركاء وكثرتهم؛ فيلزمه نصف الضمان باعتبار التعدي من وجه دون وجه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَنَهْشِ الحَيَّةِ وَجَرْحِ الرَّجُلِ. وَلَهُ: أَنَّ المَوْتَ حَصَلَ بِعِلَّةٍ وَاحِدَةٍ وَهُوَ الثِّقَلُ المُقَدَّرُ وَالعُمْقُ المُقَدَّرُ، لِأَنَّ أَصْلَ ذَلِكَ لَيْسَ بِعِلَّةٍ وَهُوَ القَلِيلُ، حَتَّى يُعْتَبَرَ كُلُّ جُزْءٍ عِلَّةً فَتَجْتَمِعُ العِلَلُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ: يُضَافُ إِلَى العِلَّةِ الوَاحِدَةِ ثُمَّ تُقْسَمُ عَلَى أَرْبَابِهَا بِقَدْرِ المِلْكِ، بِخِلَافِ الجِرَاحَاتِ، فَإِنَّ كُلَّ جِرَاحَةٍ عِلَّةٌ لِلتَّلَفِ بِنَفْسِهَا، صَغُرَتْ أَوْ كَبِرَتْ عَلَى مَا عُرِفَ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ المُزَاحِمَةِ أُضِيفَ إِلَى الكُلِّ لِعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: وجوب الضمان عليه في المسألة الأولى، وهي الحائط المائل باعتبار التلف الحاصل بثقل الحائط، وهي علة واحدة لاثقل بعضه؛ لأن وقوع الجزء اليسير ليس بمهلك[1]، ولو كان أجنبيًّا في الكل لا يصح الإشهاد عليه، فيصح الإشهاد بقدر ما ملك؛ اعتبارا للبعض بالكل. ولما كان الحائط بين خمسة، وجد من كل منهم ثقل بقدر ملكه، فيوزع الضمان على ذلك، ولهذا لو أشهد على الكل؛ فعلى كل واحد خمس الدية، فكذا هاهنا.

وقيل: جواب أبي حنيفة فيما مات بالثقل، وهما لا يخالفانه في ذلك، وجوابهما فيما إذا مات بسبب الجرح، بأن جرحه الحائط، وأبو حنيفة يوافقهما في ذلك.

وفي المسألة الثانية: الجزء معتبر بالكل. ولو كان جميع الموضع أحدث فيه مملوكًا لغيره؛ يضمن جميع ما تلف بسببه، فإذا كان قدر الثلثين مملوكًا لغيره؛ يضمن الثلثين؛ لما أن صفة التعدي في ذلك دون الثلث، ووجوب الضمان باعتباره. كذا في جامع شمس الأئمة وغيره.

وهذا معنى قوله: (**وهو الثقل المقدر والعمق المقدر**) والثقل في الحائط، والعمق في البئر.

(**لأن أصل ذلك**)؛ أي: أصل الثقل والعمق، أي: الثقل القليل والعمق القليل [ليس][2] بعلة للتلف.

---

(١) في الأصل: (بمهلة) والمثبت من الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بَابُ جِنَايَةِ البَهِيمَةِ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهَا

قَالَ: (الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ مَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا، أَوْ رِجْلِهَا، أَوْ

بَابُ جِنَايَةِ الْبَهِيمَةِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهَا

لما فرغ عن بيان جناية أحكام الإنسان مباشرة وتسبيبًا؛ شرع في بيان أحكام جناية البهيمة، ولا شك في تقدم الإنسان على البهيمة.

الكدم: العضُّ بمقدم الأسنان، كما يكدم الحمار. والخبط: الضرب باليد، والصدم هو الضرب بالجسد، ومنه: إذا قتل الكلب الصيد صدمًا لا يؤكل، واصطدم الفارسان؛ يعني: ضرب أحدهما الآخر بنفسه، ونفحت الدابة برجلها؛ ضربت بِحَدِّ حافرها. كذا في الصحاح(١)، والمغرب(٢).

اعلم: أن حياة الدابة لا تخلو عن ثلاثة أوجه: إما أن كان في ملك صاحبها، أو في ملك غيره؛ لا يضمن شيئًا إذا كانت الدابة سارت ولم يكن صاحبها معها. أما لو كان معها وهو راكبها أو قائدها أو سائقها، فإن كان راكبها؛ يضمن ما وطئت بيدها أو رجلها، ولا يضمن ما نفحت بيدها أو رجلها، أو ضربت بذنبها أو كدمت؛ لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف، فكأنما وطئاه جميعًا، ولهذا يجب على الراكب الكفارة بوطئها، ويحرم عن الميراث، والمباشر ضامن، سواء كان متعديًا أو لا.

أما إذا كان سائقًا أو قائدًا فهو مسبب؛ لأنه لم يتصل ثقله بالمتلف، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديًا، وهو ليس بمتعد بتسيير الدابة في ملكه.

وأما لو كانت جنايتها في ملك غير صاحبها، فهذا على وجهين: إما أن أدخلها صاحبها بغير إذن المالك، أو دخلت بنفسها، وفي هذا الوجه لا ضمان على صاحبها، وفيما إذا أدخلها؛ يضمن صاحبها في الوجوه كلها، سواء كانت واقفة أو سائرة، وسواء كان معها صاحبها يسوقها أو يقودها، أو راكبًا عليها،

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٥/ ٢٠١٩).
(٢) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ٤٠٣).

رَأسِهَا، أَوْ كَدَمَتْ، أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إذَا صَدَمَتْ، وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا،

أو لا يكون معها؛ لأن صاحب الدابة في بعضها مباشر، وفي بعضها مسبب متعد؛ إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير إذن المالك.

وأما إذا كانت جناية الدابة في طريق المسلمين، أو أوقفها صاحبها؛ يضمن ما تلف بفعلها في الوجوه كلها؛ لأن بإيقاف الدابة على طريق المسلمين صار مسببًا، وهو متعد في هذا، فليس له شغل طريق المسلمين بإيقافها فيه؛ لأن الطريق للسلوك والسير لا للإيقاف. وإن كانت سائرة ولم يكن صاحبها معها، فإن سارت بإرسال صاحبها؛ فصاحبها ضامن ما دام السير في وجهها ذلك لم تَسِرْ يمينًا وشمالًا؛ لأن إرسالها بلا حافظ يحفظها سَبَّبَ الإتلاف، وهو مُتعدٍّ فيه. ولو سارت بنفسها لا بتسيير صاحبها؛ فلا ضمان على صاحبها في الوجوه كلها، فإن كان صاحبها [٢/ ٤٩٧/ب] معها وهي تسير، فلو كان راكبها فما وطئت بيدها ورجلها، فصاحبها مباشر للتلف، وفيما كدمت فصاحبها مسبب متعد؛ لأنه يمكن حفظ الدابة عنه؛ إذ الكدم يكون بين عينيه، فيمكنه إبعاد الدابة عن المتلف. كذا في الذخيرة، وجامع المحبوبي.

وذكر التمرتاشي: لو كانت سائرة وصاحبها معها، قائدًا أو سائقًا أو راكبًا؛ يضمن جميع ما جنت، إلا النفحة بالرِّجلِ أو الذَّنَبِ، وبه قال أحمد في رواية.

وعند الشافعي، وأحمد في رواية: يضمنها أيضًا، وهو قول ابن أبي ليلى، وقاسه بالذي أوقف دابته فنفحت برِجلها أو ذَنَبِها؛ لأن نفس الإيقاف مباح مقيد بشرط السلامة، فكذا تسييرها.

وقلنا: بنفس الإيقاف صار مسببًا كما ذكرنا، وبنفس التسيير لا يكون متعديًا؛ لأن الطريق للسير والسلوك، ويصير متعديًا فيه فيما يمكنه أن يتحرز عنه، ولم يتحرز، ولا يمكنه التحرز عن النفحة بالرِّجلِ والذَّنَبِ. كذا في المبسوط[١].

وقال مالك: لا ضمان عليهما؛ لقوله ﷺ: «**العَجماءُ جُرحُها جُبارٌ**»[٢].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٩٢).

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ١٢ برقم ٦٩١٢)، ومسلم (٣/ ١٣٣٤ برقم ١٧١٠) من حديث أبي هريرة ﷺ.

أَوْ ذَنَبِهَا) وَالأَصْلُ: أَنَّ المُرُورَ فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، لِأَنَّهُ يُتَصَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِن وَجْهٍ، وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ مِن وَجْهٍ، لِكَوْنِهِ مُشْتَرَكًا بَيْنَ كُلِّ النَّاسِ، فَقُلْنَا: بِالإِبَاحَةِ مُقَيَّدًا بِمَا ذَكَرْنَا، لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِن الجَانِبَيْنِ، ثُمَّ إِنَّمَا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ، وَلَا يَتَقَيَّدُ بِهَا فِيمَا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِن المَنْعِ عَنِ التَّصَرُّفِ وَسَدِّ بَابِهِ، وَهُوَ مَفْتُوحٌ، وَالِاحْتِرَازُ عَنِ الإِيطَاءِ وَمَا يُضَاهِيهِ

ولأنه جناية بهيمة، فلم يضمن كما لو لم يكن يده عليها.

ولنا: قوله عليه الصلاة والسلام: «**الرِّجْلُ جُبارٌ**»(١) رواه أبو هريرة، وتخصيص الرجل دليل على وجوب الضمان بغيرها. ولأنه يمكنه حفظها عن الجناية، بخلاف من لا يد له عليها.

وقوله: (لأنه يتصرف في حقه من وجه) إلى آخره: جواب سؤال ذكره في الذخيرة مع جوابه؛ وهو أن له المرور في الطريق كما في ملكه، ولو مر في ملكه لا يضمن شيئًا، فينبغي أن يكون هاهنا كذلك. فأجاب بقوله: إنه يتصرف [من وجه](٢) في حقه، وفي وجه في حق غيره، فعملنا بالشبهين، فقلنا: إذا كان مسببًا للإتلاف بشيء يمكنه حفظ الدابة والتحرز منه؛ فيعتبر متعديًا، وإذا كان شيئًا لا يمكنه التحرز؛ لا يعتبر فيه متعديًا نظرًا للجانبين.

قوله: (لما فيه)؛ أي: في التقييد بشرط السلامة فيما لا يمكن الاحتراز عنه **(المنع من التصرف وسد باب التصرف)**؛ لأنا لو شرطنا عليه السلامة فيه، تعذر عليه استيفاء حقه من المشي والسير على الدابة، مخافة أن يبتلى بما لا يمكن الاحتراز عنه، فينسد عليه باب الانتفاع بحقه. أما فيما يمكن الاحتراز عنه، لو شرطنا عليه صفة السلامة؛ لا يمتنع استيفاء حقه، وإنما يلزمه نوع احتياط في استيفاء حقه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٩٦ برقم ٤٥٩٢)، والبيهقي في الكبرى (٨/ ٥٩٥ برقم ١٧٦٨٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال البيهقي: قوله ﷺ «الرِّجْلُ جُبارٌ» زيادة ينفرد بها سفيان بن حسين عن الزهري، وقد قال الشافعي رضي الله عنه: هو غلط والله أعلم؛ لأن الحفاظ لم يحفظوا هكذا.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

مُمْكِنٌ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِن ضَرُورَاتِ التَّيْسِيرِ، فَقَيَّدْنَاهُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ عَنْهُ، وَالنَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ وَالذَّنَبِ لَيْسَ يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ مَعَ السَّيْرِ عَلَى الدَّابَّةِ، فَلَمْ يَتَقَيَّدْ بِهِ (فَإِنْ أَوْقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ، ضَمِنَ النَّفْحَةَ أَيْضًا) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنِ الإِيقَافِ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْهُ عَنِ النَّفْحَةِ فَصَارَ مُتَعَدِّيًا فِي الإِيقَافِ وَشَغْلِ الطَّرِيقِ بِهِ فَيَضْمَنُهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَصَابَتْ بِيَدِهَا، أَوْ بِرِجْلِهَا حَصَاةً، أَوْ نَوَاةً، أَوْ أَثَارَتْ غُبَارًا، أَوْ حَجَرًا صَغِيرًا، فَفَقَأَ عَيْنَ إِنْسَانٍ، أَوْ أَفْسَدَ ثَوْبَهُ، لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ حَجَرًا كَبِيرًا، ضَمِنَ) لِأَنَّهُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، إِذْ سَيْرُ الدَّوَابِّ لَا يَعْرَى عَنْهُ، وَفِي الثَّانِي مُمْكِنٌ، لِأَنَّهُ يَنْفَكُّ عَنِ السَّيْرِ عَادَةً، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِتَعْنِيفِ الرَّاكِبِ، وَالمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالرَّاكِبِ، ....

قوله: (**والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه في السير**)؛ لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها.

قوله: (**أوقفها**): وحقه أن يقال: (وقفها)؛ لأن (وقف) فعل مُتعدٍّ؛ لأن قولك: (وقف وقفًا) متعدٍّ، (ووقف وقوفًا) لازم.

وفي المغرب: لا يقال: (أوقف) إلا في لغة رديئة[١].

قوله: (**وفي الثاني ممكن**)؛ لأن الحجر الكبير لا يكون مستورًا متواريًا، فيمكنه أن يبصره بعينه، ويسوق الدابة إلى جانب آخر لا حصاة فيه، فإن لم يفعل ضمن.

(**أو ذلك**)؛ أي: إثارة الحجر الكبير (**بتعنيف الراكب**) فيكون ذلك بفعله.

قوله: (**والمرتدف**)؛ أي: الرديف (**فيما ذكرنا كالراكب**) وبه قال مالك.

وقال الشافعي، وإسحاق: لا يضمن الرديف؛ لأنه تبع للراكب.

وقال أحمد: أرجو أن لا شيء عليه إذا كان أمامه من يمسك العنان.

وقلنا: الدابة في أيديهما، ويُسَيِّرانِهِ ويُصَرِّفانِهِ كيف شاءا، وهذا مروي عن شريح، وتجب الكفارة عليهما؛ لأنهما مباشران، بخلاف القائد والسائق. كذا

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للخوارزمي (ص ٤٩٢).

لِأَنَّ المَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ. قَالَ: (فَإِنْ رَاثَتْ أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ، وَهِيَ تَسِيرُ، فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ، لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّهُ مِن ضَرُورَاتِ السَّيْرِ، فَلَا يُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ (وَكَذَا إِذَا أَوْقَفَهَا لِذَلِكَ) لِأَنَّ مِن الدَّوَابِّ مَا لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالإِيقَافِ، وَإِنْ أَوْقَفَهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ فَعَطِبَ إِنْسَانٌ بِرَوْثِهَا، أَوْ بَوْلِهَا، ضَمِنَ، لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا الإِيقَافِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِن ضَرُورَاتِ السَّيْرِ، ثُمَّ هُوَ أَكْثَرُ ضَرَرًا بِالمَارَّةِ مِن السَّيْرِ، لِمَا أَنَّهُ أَدْوَمُ مِنْهُ، فَلَا يَلْحَقُ بِهِ (وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا، أَوْ رِجْلِهَا، وَالقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ بِيَدِهَا دُونَ رِجْلِهَا) وَالمُرَادُ: النَّفْحَةُ. قَالَ ﷺ: هَكَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ فِي «مُخْتَصَرِهِ»، وَإِلَيْهِ مَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ.

وَوَجْهُهُ: أَنَّ النَّفْحَةَ بِمَرْأَى عَيْنِ السَّائِقِ، فَيُمْكِنُهُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ، وَغَائِبٌ عَنْ بَصَرِ القَائِدِ، فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، وَقَالَ أَكْثَرُ المَشَايِخِ: إِنَّ السَّائِقَ لَا يَضْمَنُ

في المبسوط[1].

قوله: (لأنه مُتَعدٍّ في هذا الإيقاف؛ لأنه ليس من ضرورات السير، والإيقاف أدوم ضررًا من السير، فلا يلحق بالسير): والأئمة الثلاثة لا يفرقون، ويوجبون الضمان بالبول والروث في الطريق مطلقًا؛ لأنه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها، فأشبه ما لو جنت بيدها أو فمها.

قال ابن قدامة: وقياس المذهب أن لا يضمن ما تلف بذلك؛ لأنه لا يد له على ذلك، ولا يمكن التحرز عنه، كما لو أتلفت برجلها.

قوله: (والمراد النفحة)؛ أي: من قوله: (لما أصابت بيدها دون رجلها).

وإنما فسره؛ لأنه يجوز أن يراد بقوله: (لما أصاب بيدها أو رجلها) الوطء، وقد ذكرنا أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف، والخلاف في النفحة ففسره.

قوله: (مال بعض المشايخ)؛ أي: مشايخ العراق.

(وقال أكثر المشايخ)؛ أي: مشايخ ديارنا. ذكره في الذخيرة.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٩٠).

النَّفْحَةَ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ يَرَاهَا، إِذْ لَيْسَ عَلَى رِجْلِهَا مَا يَمْنَعُهَا بِهِ، فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الكَدْمِ، لِإِمْكَانِهِ كَبْحَهَا بِلِجَامِهَا، وَبِهَذَا يَنْطِقُ أَكْثَرُ النُّسَخِ، وَهُوَ الأَصَحُّ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُونَ النَّفْحَةَ كُلُّهُمْ، لِأَنَّ فِعْلَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِمْ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الرِّجْلُ جُبَارٌ» وَمَعْنَاهُ: النَّفْحَةُ بِالرِّجْلِ، وَانْتِقَالُ الفِعْلِ بِتَخْوِيفِ القَتْلِ كَمَا فِي المُكْرَهِ، وَهَذَا تَخْوِيفٌ بِالضَّرْبِ. قَالَ: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ شَيْءٍ ضَمِنَهُ الرَّاكِبُ ضَمِنَهُ السَّائِقُ وَالقَائِدُ) لِأَنَّهُمَا مُسَبِّبَانِ بِمُبَاشَرَتِهِمَا شَرْطَ التَّلَفِ، وَهُوَ تَقْرِيبُ الدَّابَّةِ إِلَى مَكَانِ الجِنَايَةِ، فَيَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالرَّاكِبِ (إِلَّا أَنَّ عَلَى الرَّاكِبِ الكَفَّارَةَ) فِيمَا أَوْطَأَتْهُ الدَّابَّةُ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا (وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِما) وَلَا عَلَى الرَّاكِبِ فِيمَا وَرَاءَ الإِيْطَاءِ، لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ، لِأَنَّ التَّلَفَ بِثِقَلِهِ، وَثِقَلُ الدَّابَّةِ تَبَعٌ لَهُ، لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ مُضَافٌ إِلَيْهِ، وَهِيَ آلَةٌ لَهُ، وَهُمَا مُسَبِّبَانِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَّصِلُ مِنْهُمَا إِلَى المَحَلِّ

يقال: كبح الدابة بلجامها؛ هو أن يجذبها إلى نفسه لتقف.

(وقال الشافعي: يضمنون النفحة): وهو قول مالك، وأحمد، [٢/٤٩٩/أ] وابن أبي ليلى، كما ذكرنا.

(وقوله عليه الصلاة والسلام) معطوف على (ما ذكرناه)؛ أي: والحجة عليه قوله ﷺ: «الرِّجلُ جُبارٌ»[١] أي: هدر.

وقوله: (وانتقال الفعل) إلى آخره: جواب عما قال الشافعي: إن فعلها مضاف إليهم كما في الإكراه، فقال: الإضافة والانتقال إنما يكون في الإكراه الكامل، وهو الإكراه بالقتل أو إتلاف العضو، يعني: انتقال الفعل وإضافته إلى المكره بسبب خوف التلف، ويصير المكره كالآلة له، وهذا تخويف بالضرب، فيكون قاصرًا، ونفحتها لا تكون بسبب خوفها من الضرب، وبمثل هذا لا ينتقل الفعل إلى الغير.

قوله: (فإن سير الدابة مضاف إليه)؛ أي: إلى الراكب؛ ألا ترى أنه يقال:

---

(١) سبق تخريجه.

شَيْءٌ، وَكَذَا الرَّاكِبُ فِي غَيْرِ الإِيطَاءِ، وَالكَفَّارَةُ حُكْمُ المُبَاشَرَةِ لَا حُكْمُ التَّسَبُّبِ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالإِيطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ حِرْمَانُ المِيرَاثِ وَالوَصِيَّةِ دُونَ السَّائِقِ وَالقَائِدِ، لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالمُبَاشَرَةِ **(وَلَوْ كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ، قِيلَ: لَا يَضْمَنُ السَّائِقُ مَا أَوْطَأَت الدَّابَّةُ)** لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَالسَّائِقُ مُسَبِّبٌ، وَالإِضَافَةُ إِلَى المُبَاشِرِ أَوْلَى. وَقِيلَ: الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ سَبَبُ الضَّمَانِ.

سار كذا فرسخًا، وإن كان هو جالسًا في سرجه لا يتحرك، فصار كأنه أضاف ذلك الشيء برجله، وثم يكون مباشرًا، فكذا هنا. كذا في الأوضح.

ولهذا لو سار على دابته في ملكه، فوطئت بيدها ورجلها فقتلت؛ فعليه الكفارة والدية؛ إذ المباشرة في الملك وغيره سواء، كما ذكر في المبسوط.

وقيل: الضمان عليهما، فقد ذكر محمد في الأصل: أن الراكب إذا أمر آخر، فنخس الدابة فأوطأت إنسانًا؛ كان الضمان عليهما. فقال: لأن الناخس سائق والآخر راكب، فعلم أن السائق والراكب في الوطء يشتركان.

أما الجواب عن القول: (بأن الراكب مباشر والسائق مسبب)؛ فهو أن المسبب مع المباشر إنما يضمن إذا كان السبب شيئًا لا يعمل في الإتلاف متى انفرد عن المباشرة، كما في الحفر بانفراده، فإن الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الدفع الذي هو مباشرة، وإن كان لولا الحفر لا يتلف بالدفع أيضًا، لكن الدفع هو الوصف الأخير، فيضاف الحكم إليه، كما قالوا في السفينة المملوءة، إذا طرح فيه واحد مَنًّا فغرقت؛ فالضمان على الذي وضع المَنَّ الزائد؛ لأن الغرق يضاف إليه، وفي مسألتنا فالراكب بانفراده عامل في إتلاف ما أوطأت، وكذا السائق، فإذا اجتمعا؛ لم يجز أن يضاف عمل السوق في الإتلاف إلى الركوب، بل يكون التلف مضافًا إليهما، فيجب الضمان عليهما. إليه أشار في الذخيرة، والمصنف رحمه الله **بقوله: (لأن كل ذلك سبب الضمان)**.

ومن هذا الجنس، ما قالوا فيمن ساق دابة عليها وقر من الحنطة فأتلفت شيئًا، فإن قال السائق أو القائد: إليك إليك، فإن سمع هذه المقالة ولم يذهب؛ فهو على وجهين: إما ألا يبرح من مكانه باختياره، أو لم يجد مكانًا آخر ليذهب

قَالَ: (وَإِذَا اصْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا، فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَةُ الآخَرِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَةِ الآخَرِ، لِمَا رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَاتَ بِفِعْلِهِ وَفِعْلِ صَاحِبِهِ، لِأَنَّهُ بِصَدْمَتِهِ آلَمَ نَفْسَهُ وَصَاحِبَهُ، فَيُهْدَرُ نِصْفُهُ وَيُعْتَبَرُ نِصْفُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ الِاصْطِدَامُ عَمْدًا، أَوْ جَرَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفْسَهُ وَصَاحِبَهُ جِرَاحَةً، أَوْ حَفَرَا عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ بِئْرًا، فَانْهَارَ عَلَيْهِمَا، يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ فَكَذَا هَذَا. وَلَنَا: أَنَّ المَوْتَ يُضَافُ إِلَى فِعْلِ صَاحِبِهِ، لِأَنَّ فِعْلَهُ فِي نَفْسِهِ مُبَاحٌ، وَهُوَ المَشْيُ فِي الطَّرِيقِ، فَلَا يَصْلُحُ مُسْتَنَدًا لِلْإِضَافَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، كَالمَاشِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالبِئْرِ وَوَقَعَ فِيهَا، لَا يُهْدَرُ شَيْءٌ مِن دَمِهِ، ....

فمكث في مكانه. ففي الوجه الأول لا يضمن صاحب الدابة، وفي الثاني يضمن؛ لأنه مضطر في المقام، بخلاف الوجه الأول. وإن لم يقل الراكب: إليكَ إليكَ، أو قال ولم يسمع من على الطريق؛ يضمن الراكب والسائق؛ لأن التلف مضاف إليه. كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (إذا اصطدم فارسان): وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان. والتقييد بالفارسين[1] اتفاقي، أو بحسب الغالب.

قوله: (وقال زفر والشافعي): وهو قول مالك (على كل واحد نصف دية الآخر).

(لأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه) إلى آخره: وهو القياس.

وفي الواقعات: هذا إذا وقع كل منهما على قفاه، أما إذا وقعا على وجههما؛ فلا شيء فيه. وكذا إذا وقع أحدهما على وجهه؛ لا شيء للمكب؛ لأنه مات بفعل نفسه، ودية الآخر على المكب، وبه قال المزني.

(ولنا): وهو قول أحمد، وهو الاستحسان. ووجهه: أن كل واحد مات بفعل صاحبه، إلى آخره.

(كالماشي إذا لم يعلم البئر ووقع فيها؛ لا يهدر شيء من دمه): مع أن البئر

---

(١) في النسخ الثلاث: (بالفارسان) والصواب المثبت.

وَفِعْلُ صَاحِبِهِ وَإِنْ كَانَ مُبَاحًا، لَكِنَّ الفِعْلَ المُبَاحَ فِي غَيْرِهِ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ، كَالنَّائِمِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ. وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ أَنَّهُ أَوْجَبَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلَّ الدِّيَةِ فَتَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ، فَرَجَّحْنَا بِمَا ذَكَرْنَا، وَفِيمَا ذُكِرَ مِنَ المَسَائِلِ الفِعْلَانِ مَحْظُورَانِ،

بنفسها في الطريق ليست بسبب لموته، بل البئر مع المشي، إذ لولا مشيه وثقله لما سقط في البئر، نعم فعل صاحبه مباح أيضًا، لكن فعل المباح في غيره سبب للضمان (كالنائم إذا انقلب على غيره).

قوله: (فتعارضت)؛ أي: الروايتان عن عليّ، فتساقطت (فرجحنا بما ذكرنا)؛ أي: فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل.

أو نقول: ما روي عن عليّ أنه أوجب النصف؛ محمول على ما إذا كانا عامدين، حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد، على ما ذكره في الكتاب.

قوله: (وفيما ذكر)؛ أي: الخصم (من المسائل الفعلان محظوران)؛ لأن الاصطدام عمدًا محظور، يعني: لما كان الفعل محظورًا كان موجبًا للضمان، ولكن لم يظهر في حق نفسه واعتبر في حق غيره، فلذلك وجب على كل واحد منهما نصف الدية. أما فيما نحن فيه، فالمشي مباح محض، فلم ينعقد موجبًا للضمان في حق نفسه أصلًا، فكان صاحبه قاتلًا له من غير معارضة [٢/٤٩٨/ب] أحد في القتل، ويجب على كل واحد دية صاحبه؛ لما بينا أن المباح المحض لا يصلح معارضًا للمحظور في إيجاب الضمان، وإن كان لا يوجد التلف، إلا أنهما كما في مسألة البئر؛ حيث يجب على الحافر لا الماشي، وإن كان الموت يحصل بالمشي والحفر. إليه أشار في الأسرار؛ حيث قال: التلف بالصدمة لا بالمشي، والمشي كان سببًا للصدمة، ولكن لم يضف التلف إلى السبب المباح، بل أضيف إلى التعدي، إلى آخر ما ذكرنا.

فإن قيل: يشكل على هذا كله، ما إذا تجاذبا حبلًا بينهما، فانقطع الحبل وسقط كل واحد على قفاه ومات؛ فلا شيء على أحد، ومثله في هذه الصورة، لو وقع كل واحد على وجهه ومات؛ تجب دية كل على الآخر، وتجاذب الحبل لا يخلو من أن يكون محظورًا أو مباحًا، فإن كان محظورًا؛ ينبغي أن يجب على

فَوَضَحَ الفَرْقُ. هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي العَمْدِ وَالخَطَإِ، وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ

عاقلة كل نصف الدية، كما في المسائل التي أوردها الخصم، وإن كان مباحًا؛ كان فعل كل واحد مباحًا لم يعارضه محظور، فلا بد أن يكون مقيدًا بشرط السلامة كما مر، فإيجاب ديةُ كُلٍّ على صاحبه مناقضًا للأصول التي مر ذكرها في حق الراكب.

قلنا: لما وقع كل منهما على وجهه في الصورة الثانية؛ علم أنه إنما وقع في وجهه بجذب صاحبه إياه، فكان موت كل منهما بفعل صاحبه، لا بفعل نفسه، فتجب الدية على عاقلة كل منهما كاملًا، كما في المصطدمين، أحدهما تَعدٍّ وهو الصدمة، والآخر مباح وهو المشي، فلم يظهر المباح في مقابلة التعدي، فأضيف الحكم إلى التعدي.

وفي مسألة قطع الحبل، لما ماتا بالوقوع على الوجه؛ كان موتُ كُلٍّ بفعل صاحبه، من غير أن يوجد فعل من الميت في حق نفسه أصلًا، فلذلك وجب على عاقلةِ كُلٍّ ديةٌ كاملة. بخلاف ما لو دفعا على قفاهما عند الانقطاع؛ حيث لا يجب شيء؛ لأن سقوطه على قفاه بقوة نفسه، لا بجذب صاحبه، فكان كُلٌّ قاتلَ نفسه، ولا يجب على الآخر شيء. ولو قطع إنسان الحبل بينهما وماتا؛ فديتهما على عاقلة القاطع للحبل؛ لأنه صار كالدافع لكل منهما. إليه أشار في المبسوط[١].

وفي الذخيرة: لو وقعا في وجههما؛ ففي نسخة: هذا لا يكون من قطع الحبل. وفي نسخة: هذا من قطع الحبل.

قوله: (هذا الذي ذكرنا)؛ وهو أنه تجب دية كل على عاقلة الآخر **(إذا كانا حرين في العمد والخطأ)**؛ أي: يختص نصف الدية في العمد على عاقلة كل منهما، وفي الخطأ دية كاملة، كما ذكر في الكتاب، خلا أنه ذكر الخطأ في وضع المسألة، والعمد في بيان قول الخصم، إلا أن العمد هاهنا بمنزلة الخطإ؛ لأنه شبه العمد؛ إذ العمد في الاصطدام ولم يقصد القتل.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ١٩١).

يُهْدَرُ الدَّمُ فِي الخَطإِ، لِأَنَّ الجِنَايَةَ تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ دَفْعًا وَفِدَاءً، وَقَدْ فَاتَتْ لَا إِلَى خُلْفٍ مِن غَيْرِ فِعْلِ المَوْلَى فَهُدِرَ ضَرُورَةً، وَكَذَا فِي العَمْدِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هَلَكَ بَعْدَمَا جَنَى وَلَمْ يُخْلِفْ بَدَلًا، وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالآخَرُ عَبْدًا، فَفِي الخَطإِ: تَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الحُرِّ المَقْتُولِ قِيمَةُ العَبْدِ، فَيَأْخُذُهَا وَرَثَةُ المَقْتُولِ الحُرِّ، وَيَبْطُلُ حَقُّ الحُرِّ المَقْتُولِ فِي الدِّيَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى القِيمَةِ؛ لِأَنَّ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ: تَجِبُ القِيمَةُ عَلَى العَاقِلَةِ، لِأَنَّهُ ضَمَانُ الآدَمِيِّ، فَقَدْ أَخْلَفَ بَدَلًا بِهَذَا القَدْرِ، فَيَأْخُذُهُ وَرَثَةُ الحُرِّ المَقْتُولِ وَيَبْطُلُ مَا زَادَ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الخُلْفِ، وَفِي العَمْدِ: يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الحُرِّ نِصْفُ قِيمَةِ العَبْدِ، لِأَنَّ المَضْمُونَ هُوَ النِّصْفُ فِي العَمْدِ، وَهَذَا القَدْرُ يَأْخُذُهُ وَلِيُّ المَقْتُولِ، وَمَا عَلَى العَبْدِ فِي رَقَبَتِهِ، وَهُوَ نِصْفُ دِيَةِ الحُرِّ يَسْقُطُ بِمَوْتِهِ إِلَّا قَدْرَ مَا أَخْلَفَ مِن البَدَلِ وَهُوَ نِصْفُ القِيمَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ سَاقَ دَابَّةً، فَوَقَعَ السَّرْجُ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ، ضَمِنَ، وَكَذَا عَلَى هَذَا سَائِرُ أَدَوَاتِهِ كَاللِّجَامِ وَنَحْوِهِ، وَكَذَا مَا يُحْمَلُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ، لِأَنَّ الوُقُوعَ بِتَقْصِيرٍ مِنْهُ، وَهُوَ تَرْكُ الشَّدِّ أَو الإِحْكَامِ فِيهِ، بِخِلَافِ الرِّدَاءِ، لِأَنَّهُ لَا يُشَدُّ فِي العَادَةِ، وَلِأَنَّهُ قَاصِدٌ لِحِفْظِ هَذِهِ الأَشْيَاءِ، كَمَا فِي المَحْمُولِ عَلَى عَاتِقِهِ دُونَ اللِّبَاسِ عَلَى مَا مَرَّ مِن قَبْلُ فَيُقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ.

قوله: (فيأخذه)؛ أي: بدل العمد (لأن المضمون هو النصف في العمد) كما ذكرنا في بيان قول الخصم؛ لأن بصدمته آلم نفسه وصاحبه، فيهدر نصفه.

(وكذا ما يحمل عليها)؛ يعني: لو سقط شيء محمول عليها من أداتها وغيره، ومثلها الرحل، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (بخلاف الرداء)؛ يعني: إذا كان لابسًا له، فسقط وأتلف شيئًا؛ لا ضمان عليه؛ لأنه تابع لِلّابس. ولو تعثر اللابس فسقط الرداء، ثم تعثر به إنسان؛ لم يضمن. وكذا إذا سقط رداؤه؛ لأنه لا يمكنه الاحتياط عنه.

(والإحكام فيه)؛ أي: في الشد، فكأنه ألقاه بيده.

(على ما مر من قبل)؛ أي: في باب ما يحدث الرجل في الطريق.

القطار: الإبل تقطر على نسق واحد، والجمع قطر.

قَالَ: (وَمَنْ قَادَ قِطَارًا، فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَ، فَإِنْ وَطِئَ بَعِيرٌ إِنْسَانًا ضَمِنَ بِهِ القَائِدُ، وَالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ)، لِأَنَّ القَائِدَ عَلَيْهِ حِفْظُ القِطَارِ كَالسَّائِقِ، وَقَدْ أَمْكَنَهُ ذَلِكَ، وَقَدْ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِالتَّقْصِيرِ فِيهِ، وَالتَّسَبُّبِ بِوَصْفِ التَّعَدِّي سَبَبٌ لِلضَّمَانِ، إِلَّا أَنَّ ضَمَانَ النَّفْسِ عَلَى العَاقِلَةِ فِيهِ، وَضَمَانُ المَالِ فِي مَالِهِ (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّ قَائِدَ الوَاحِدِ قَائِدٌ لِلْكُلِّ، وَكَذَا سَائِقُهُ، لِاتِّصَالِ الأَزِمَّةِ، وَهَذَا

قوله: (فالضمان عليهما)؛ أي: على القائد والسائق.

وفي المبسوط: السائق مقرب للإبل فيما أصاب بالصدمة وغيرها، وكذا القائد مقرب من ذلك، فيشتركان في الضمان؛ لاستوائهما في التسبب. وإن كان معهما سائق الإبل في وسط القطار [فالضمان في جميع ذلك عليهم أثلاثًا؛ لأن الذي هو وسط القطار][1] سائق لما بين يديه من الإبل، قائد لما خلفه، والقائد والسائق في حكم الضمان سواء[2].

وكذلك إن كان أحيانًا يتوسط وأحيانًا يتقدم وأحيانًا يتأخر؛ لأنه في جميع الأحوال سائق للقطار أو قائد.

ولو كان رجل راكبًا وسط القطار على بعير، ولا يسوق منها؛ لم يضمن ما تصيبه الإبل التي بين يديه؛ لأنه ليس بسائق له، ولكن معهم في الضمان فيما أصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه؛ لأنه راكب عليه، وقائد لما خلفه؛ لأن زمام ما خلَّفه مربوط ببعيره.

قال بعض المتأخرين: هذا إذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده، أما إذا كان هو نائمًا على بعيره أو قاعدًا لا يفعل شيئًا يكون به قائدًا لما خلفه؛ لا ضمان عليه، وهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع على البعير.

قوله: [٢/٤٩٩/أ] **(إذا كان السائق في جانب من الإبل)**؛ أي: وهو الذي في الوسط يمشي في جانب من القطار، لا يتقدم ولا يتأخر، ولا يأخذ بزمام بعير يقود ما خلفه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/٣).

إِذَا كَانَ السَّائِقُ فِي جَانِبٍ مِن الإِبِلِ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَوَسَّطَهَا وَأَخَذَ بِزِمَامٍ وَاحِدٍ: يَضْمَنُ مَا عَطِبَ بِمَا هُوَ خَلْفَهُ، وَيَضْمَنَانِ مَا تَلِفَ بِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ، لِأَنَّ القَائِدَ لَا يَقُودُ مَا خَلْفَ السَّائِقِ، لِانْفِصَامِ الزِّمَامِ، وَالسَّائِقُ يَسُوقُ مَا يَكُونُ قُدَّامَهُ.

قَالَ: (وَإِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَى القِطَارِ، وَالقَائِدُ لَا يَعْلَمُ، فَوَطِئَ المَرْبُوطُ

أما لو كان في الوسط، وأخذ بزمام بعير يقود ما خلفه ولا يسوق ما قبله، فما أصاب ما خلفه؛ لا ضمان فيه على القائد الأول، ويُضَمِّنان القائد الأول والثاني لما بين يدَيه؛ لأن القائد الثاني سائق لما بين يديه، قائد لما خلفه، والقائد والسائق ضامن. كذا في المغني.

قوله: (والقائد لا يقود): قيد به؛ إذ لو علم القائد بالربط في المسألتين - يعني: ربط حال السير - فالدية على عاقلته، ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط؛ لأن القائد لما علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان، فلا يرجع.

وحاصله: أنَّ جهل القائد بالربط لا يبقي[1] ابتداء وجوب الضمان عنه؛ لوجوب الإتلاف منه، والجهل يزيل الإثم دون الضمان، كالنائم إذا انقلب على إنسان.

في المبسوط: القود سبب وجوب الضمان، ومع تحقق السبب لا يسقط الضمان بجهله، وإنما يرجع على الرابط؛ لأنه ألزمه ذلك الضمان بالربط[2].

فجعل في الجامع الصغير ابتداء الوجوب على عاقلة القائد، ثم هم يرجعون على عاقلة الرابط، كما هو المذكور في الكتاب، وفي المبسوط جعل ابتداء وجوب الضمان على القائد، ثم يرجع على الرابط كما حكينا.

ووفق الإمام المحبوبي بينهما وقال: إنما اختلف الجواب باعتبار أن رواية المبسوط اعتبر حقيقة الضمان، وحقيقته على القائد، غير أن العواقل تتحمل عنهما، واعتبر في الجامع حاصل الضمان وقراره، وهو وجوبه على العاقلة، وإنما لم يجب الضمان عليهما في الابتداء بطريق الشركة من غير أن يقدم

---

(١) كذا في النسخ الثلاث، والأولى: ينفي، والله أعلم بالصواب.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٤).

إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ، فَعَلَى عَاقِلَةِ القَائِدِ الدِّيَةُ) لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ صِيَانَةُ القِطَارِ عَنْ رَبْطِ غَيْرِهِ، فَإِذَا تَرَكَ الصِّيَانَةَ صَارَ مُتَعَدِّيًا، وَفِي التَّسْبِيبِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ كَمَا فِي القَتْلِ الخَطَإِ (ثُمَّ يَرْجِعُونَ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ) لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَهُمْ فِي هَذِهِ العُهْدَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الِابْتِدَاءِ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ، لِأَنَّ الرَّبْطَ مِن القَوْدِ بِمَنْزِلَةِ التَّسَبُّبِ مِن المُبَاشَرَةِ، لِاتِّصَالِ التَّلَفِ بِالقَوْدِ دُونَ الرَّبْطِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا رَبَطَ وَالقِطَارُ يَسِيرُ، لِأَنَّهُ أَمْرٌ بِالقَوْدِ دَلَالَةً، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَا يُمْكِنُهُ التَّحَفُّظُ مِن ذَلِكَ، فَيَكُونُ قَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّابِطِ، أَمَّا إِذَا رَبَطَ وَالإِبِلُ قِيَامٌ، ثُمَّ قَادَهَا ضَمِنَهَا القَائِدُ، لِأَنَّهُ قَادَ بَعِيرَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا صَرِيحًا وَلَا دَلَالَةً، فَلَا يَرْجِعُ بِمَا لَحِقَهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً، وَكَانَ لَهَا سَائِقًا، فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا، يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ الفِعْلَ انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ السَّوْقِ. قَالَ: (وَلَوْ أَرْسَلَ طَيْرًا، وَسَاقَهُ، فَأَصَابَ فِي فَوْرِهِ،

القائد؛ إذ كل منهما مسبب؛ لما أن الربط بمنزلة التسبيب من المباشرة، فلا شك أن المباشرة أقوى، كالحافر مع الدافع، فاعتبر القود في ابتداء الضمان، ثم يرجع على الرابط؛ لأنه مغرور من جهته، فكان للقائد حكم المباشرة لا حقيقة المباشرة.

(لأنه)؛ أي: الرابط أقر للقائد بقود بعيره، حين سار دلالة.

(ضمنها القائد)؛ أي: بلا رجوع، مع أن لفظ الجامع مطلق غير متعرض للسير ولا للوقوف.

قال المحبوبي: قال الحلواني: إذا ربط حال قيام الإبل ووقوفها؛ لا يضمن الرابط؛ لأن ربطه جناية، وقد زال هذا السبب بقود القائد، فيبرأ عن موجبها، كمن وضع حجرًا على الطريق، ثم جاء آخر وحوله من ذلك الموضع إلى موضع آخر؛ لم يكن على الواضع الأول ضمان ما تلف به؛ لأنه لما حوله زالت جنايته، كذا هاهنا.

قوله: (ومن أرسل بهيمة): يريد بها كلبًا (وكان لها سائقًا)؛ أي: خلفها يسليها (فأصابت في فورها) وفي بعض النسخ: (من فوره).

(ولو أرسل طيرًا): وفي بعض نسخ الجامع الصغير: أرسل بازيًا.

لَمْ يَضْمَنْ) وَالفَرْقُ: أَنَّ بَدَنَ البَهِيمَةِ يَحْتَمِلُ السَّوْقَ فَاعْتُبِرَ سَوْقُهُ، وَالطَّيْرُ لَا يَحْتَمِلُ السَّوْقَ، فَصَارَ وُجُودُ السَّوْقِ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا: لَمْ يَضْمَنْ، وَلَوْ أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا، فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ: حَلَّ. وَوَجْهُ الفَرْقِ: أَنَّ البَهِيمَةَ مُخْتَارَةٌ فِي فِعْلِهَا وَلَا تَصْلُحُ نَائِبَةً عَنِ المُرْسِلِ، فَلَا يُضَافُ فِعْلُهَا إِلَى غَيْرِهَا، هَذَا هُوَ الحَقِيقَةُ، إِلَّا أَنَّ الحَاجَةَ مَسَّتْ فِي الِاصْطِيَادِ فَأُضِيفَ إِلَى المُرْسِلِ: لِأَنَّ الِاصْطِيَادَ مَشْرُوعٌ وَلَا طَرِيقَ لَهُ سِوَاهُ، وَلَا حَاجَةَ فِي حَقِّ ضَمَانِ العُدْوَانِ. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَوْجَبَ الضَّمَانَ فِي هَذَا كُلِّهِ احْتِيَاطًا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ. قَالَ ﷺ: وَذُكِرَ فِي المَبْسُوطِ: إِذَا أَرْسَلَ دَابَّةً فِي طَرِيقِ المُسْلِمِينَ فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا، فَالمُرْسِلُ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّ سَيْرَهَا مُضَافٌ إِلَيْهِ مَا دَامَتْ تَسِيرُ عَلَى سَنَنِهَا، وَلَو انْعَطَفَتْ يَمْنَةً، أَوْ يَسْرَةً: انْقَطَعَ حُكْمُ الإِرْسَالِ، ....

(فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة): ولهذا لو أدخل بازيًا[(١)] في الحرم أو صقرًا وأرسله، فجعل يقتل حمام الحرم؛ لا يلزمه شيء؛ لما قلنا: أن البازي لا يحتمل السوق.

قوله: (ولم يكن له سائقًا)؛ يعني: لم يكن خلفه ولا يسليها (لم يضمن) وإن أصاب من فوره، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (ما دامت تسير على سننها) فيضمن.

قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى. وبه قال الشافعي، وأحمد.

وعند مالك: فعل العجماء جبار بأي وجه كان، وقد مر.

رجل له كلب عقور، كلما مر عليه مارٌّ عضه؛ فلأهل القرية أن يقتلوه. فلو عضَّ، هل يجب الضمان على صاحبه؟ لا ضمان عليه إن لم يتقدموا إليه، ويضمن بعد التقدم.

وقال الشافعي، وأحمد: يضمن بعد إرساله وإن لم يتقدم إليه. وكذا في سنور معروف يأكل الطيور.

---

(١) في الأصل: (ناريا) والمثبت من النسخة الثانية.

إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ آخَرُ سِوَاهُ، وَكَذَا إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الإِرْسَالِ فِي الِاصْطِيَادِ، ثُمَّ سَارَتْ فَأَخَذَت الصَّيْدَ، لِأَنَّ تِلْكَ الوَقْفَةَ تُحَقِّقُ مَقْصُودَ المُرْسِلِ، لِأَنَّهُ لِتَمَكُّنِهِ مِن الصَّيْدِ، وَهَذِهِ تُنَافِي مَقْصُودَ المُرْسِلِ، وَهُوَ السَّيْرُ، فَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الإِرْسَالِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ فَأَصَابَ نَفْسًا، أَوْ مَالًا فِي فَوْرِهِ، لَا يَضْمَنُهُ مَنْ أَرْسَلَهُ، وَفِي الإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ يَضْمَنُهُ، لِأَنَّ شَغْلَ

وفي المنتقى: لو طرح رجلًا قدام أسد أو سبع فقتله، ليس على الطارح قود ولا دية، ولكن يُعَزَّر ويضرب وجيعًا، ويحبس حتى يتوب.

وقال أبو يوسف: أنا أرى أن يحبس حتى يموت.

وعند الأئمة الثلاثة: إن كان الغالب القتل يجب القود، وإن كان لا يقتل غالبًا؛ فعند الشافعي قولان، في قول: يجب القود. وفي قول: لا يجب، ولكن تجب الدية، وبه قال أحمد. وقياس قول مالك: يجب القود.

قوله: (إلا إذا لم يكن[1] له)؛ أي: تسير الدابة طريق آخر سواه، بأن كان على الجادة ماء ووحل، فحينئذ لا ينقطع حكم الإرسال أيضًا، كما لو لم ينعطف يمنة أو يسرة.

قوله: (وكذا إذا وقفت ثم سارت)؛ يعني: ينقطع حكم الإرسال.

(لأن تلك الوقفة): وفي بعض النسخ: (لأن ذلك الوقف).

قوله: (وهذه)؛ أي: وقفة [٢/ ٤٩٩/ ب] الدابة.

وقوله: (وبخلاف) معطوف على قوله: (**بخلاف**)؛ لأن حكمهما مخالف لحكم أصل المسألة.

وفي الذخيرة: الفرق بين إرسال الدابة وبين الكلب والبازي: هو أن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الإتباع بعد من صاحبه، فما يولد منه يكون مضمونا عليه. فأما إرسال الكلب والبازي من غير إتباع معه ليس يبعد منه؛ لأنه لا يمكنه الإتباع، والمسبب في الإتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعديًا.

---

(١) في النسخ الثلاث: (إذا كان) والمثبت من المتن.

الطَّرِيقِ تَعَدٍّ، فَيَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ، أَمَّا الإِرْسَالُ لِلاصْطِيَادِ فَمُبَاحٌ، وَلَا تَسْبِيبَ إِلَّا بِوَصْفِ التَّعَدِّي.

قَالَ: (وَلَوْ أَرْسَلَ بَهِيمَةً فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَى فَوْرِهِ، ضَمِنَ المُرْسِلُ، وَإِنْ مَالَتْ يَمِينًا أَوْ شِمَالًا وَلَهُ طَرِيقٌ آخَرُ لَا يَضْمَنُ) لِمَا مَرَّ، (وَلَو انْفَلَتَتِ الدَّابَّةُ فَأَصَابَتْ مَالًا، أَوْ آدَمِيًّا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا: لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «جُرْحُ العَجْمَاءِ جُبَارٌ» وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: هِيَ المُنْفَلِتَةُ، وَلِأَنَّ الفِعْلَ غَيْرُ مُضَافٍ إِلَيْهِ لِعَدَمِ مَا يُوجِبُ النِّسْبَةَ إِلَيْهِ مِن الإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ.

قوله: (فمباح): ولا يقيد بشرط السلامة؛ لأنه لا يمكن إتباع الطير، ويمكن إتباع الدابة.

قوله: (فأفسدت زرعا على فوره)؛ أي: الإرسال.

والمراد بفور الإرسال: ألا تميل يمينًا ولا شمالًا.

(وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ: **هي المنفلتة)**[١] أي: العجماء التي أهدر النبي ﷺ [فعلها][٢] هي المنفلتة[٣]، لا التي أرسلت، فإن إفساد المرسلة إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار، وإنما ذكر التفسير لئلا يجري الحديث على عمومه، كما قال مالك.

قوله: (وأخواته): من السَّوْق، والقود، والركوب. وفي بعض النسخ: (وأخواتها).

ثم المنفلتة إذا أفسدت[٤] زرع إنسان ليلًا أو نهارًا؛ لا يضمن صاحبها عندنا، وهو قول أصحاب الظاهر؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**العَجْمَاءُ جُبارٌ**»[٥].

ولأنها أفسدت وليست يده عليها لا حقيقةً ولا حكمًا فلا يضمن، كما لو كان نهارًا.

---

(١) في الأصل: (المنقلبة) والمثبت هو الموافق لما في المتن.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (المنقلبة) والمثبت هو الموافق لما في المتن.
(٤) في النسخ الثلاث: (أفسد) والمثبت الصواب الموافق للسياق.
(٥) سبق تخريجه.

....

وقال الشافعي، وأحمد، وأكثر فقهاء الحجاز، ومالك: يضمن؛ لما أفسدت ليلًا دون النهار؛ لما روي عن الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة، أن ناقةً للبراء دخلت حائط قوم فأفسدته، فقضى ﷺ **«أنّ علَى أهلِ الأموالِ حِفْظَها بالنهارِ، وما أفسدَتْه بالليلِ فهو مضمونٌ علَيهِم»**[١].

قال ابن عبد البر: إن كان هذا مرسلًا فهو مشهور، تلقاه فقهاء الحجاز بالقبول.

ولأن العادة في المواشي إرسالها في النهار للرعي، وحفظها ليلًا، وعادة أهل الحوائط حفظها نهارًا دون الليل، فإذا ذهبت ليلًا؛ كان التفريط من صاحبها بتركه حفظها، في وقت عادة الحفظ، وفي النهار كان التفريط من أهل الزرع، فكان عليهم، ولهذا فرق النبي ﷺ.

وأما غير الزرع فلا يحتاج إلى حفظها عادة، فلا يضمن، فعلى هذا: لو أحرز المواشي صاحبها، فانفلتت وأفسدت الزرع؛ لا يضمن عند بعض أصحاب الشافعي، وأحمد؛ لعدم التعدي منه.

وعن بعض أصحاب مالك: لو أهملها صاحبها ولم يجعل عليها حافظًا بالنهار فأفسد الزرع؛ يضمن.

قلنا: حديثنا متفق عليه مشهور، وما رواه الشافعي مرسل، وليس بحجة عنده، وأحسن طرقه: ما رواه مالك عن الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة مرة يرويه عن أبيه، ولا صحبة لأبيه، ومرة عن البراء فقط، وحرام بن سعد بن محيصة مجهول، لم يرو عنه أحد إلا الزهري، ولا يعلم للزهري عنه غير هذا الحديث، ولم يوثقه الزهري، وهو قد يروي عمن لا يوثق، كروايته[٢] عن سليمان بن قرم، ومنهال مولى أم سلمة، وغيرهم من المجاهيل، والهلكى، فسقط التعلق بهذا الخبر، مع أنه يجوز أنه عليه الصلاة والسلام أوجب الضمان

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٨ برقم ٣٥٦٩)، وابن حبان (١٣/ ٣٥٤ برقم ٦٠٠٨) من حديث البراء بن عازب ﷺ.

(٢) في الأصل: (بروايته) والمثبت من النسختين.

قَالَ: (شَاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَتْ عَيْنُهَا، فَفِيهَا مَا نَقَصَهَا) لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهَا هُوَ اللَّحْمُ، فَلَا يُعْتَبَرُ إِلَّا النُّقْصَانُ (وَفِي عَيْنِ بَقَرَةِ الجَزَّارِ وَجَزُورِهِ رُبْعُ القِيمَةِ، وَكَذَا فِي عَيْنِ الحِمَارِ وَالبَغْلِ وَالفَرَسِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِيهِ النُّقْصَانُ أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالشَّاةِ. وَلَنَا: مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَضَى فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ القِيمَةِ» وَهَكَذَا قَضَى عُمَرُ ﷺ، وَلِأَنَّ فِيهَا مَقَاصِدَ سِوَى اللَّحْمِ كَالحَمْلِ وَالرُّكُوبِ وَالزِّينَةِ وَالجَمَالِ وَالعَمَلِ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ تُشْبِهُ الآدَمِيَّ، وَقَدْ تُمْسَكُ لِلْأَكْلِ، فَمِنْ هَذَا

في حديث البراء إذا كان أرسلها صاحبها، وتكون فائدة الخبر إيجاب الضمان بسوقه وإن لم يعلم بإفساده، فبين تساوي حكم العلم والجهل فيه.

قوله: (وفي عين بقرة الجزار) إلى آخره: الجَزْرُ: القَطْعُ، ومنه جزر الجزور، والجزور: ما أعد للنحر، يقع على الذكر والأنثى. كذا في الصحاح(١).

وفي جامع البزدوي: إنما وضع المسألة على هذا الوجه، أعني: لم يقل في عين البقرة والجزور مطلقًا؛ ليبين أن البقر والجزور وإن أُعِدَّا للحم كما في الشاة، لا يختلف الجواب فيهما، يعني: يجب ربع قيمتهما، سواء كانا مُعدَّين للحم، أو للحرث والحمل والركوب، كما في الذي لا يؤكل لحمه، كالحمار والبغل.

والفرق: أن الشاة لا ينتفع بها للعمل، بل ينتفع بها كالأمتعة، فضمنت النقصان من غير تقدير، فأما البهائم؛ فإنها عاملة كالآدمي، فينتفع بها لغير العمل أيضًا، فأشبه الإنسان من وجه، والشاة من وجه، فوجب بنصف التقدير الواجب في الإنسان عملًا بهما.

قوله: (وقال الشافعي) إلى آخره: وهو قياس قول مالك، وأحمد.

(ولأنه)؛ أي: الشاة، إلى آخره: قالوا هذا الدليل غير معول عليه؛ لأنه لو كان المعتبر هذا، ينبغي أن يجب نصف قيمتها إذا فقئت عينها، وحيث يجب النقصان؛ [٢/ ٥٠٠/أ] لأنه ذكر التمرتاشي: تجب القيمة إن سلّم الجثة، وإن أمسكها ضمن النقصان، وكذا في جامع بكر.

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٢/ ٦١٢).

الوَجْهِ تُشْبِهُ المَأْكُولَاتِ، فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ، بِشَبَهِ الآدَمِيِّ فِي إِيجَابِ الرُّبْعِ، وَبِالشَّبَهِ الآخَرِ فِي نَفْيِ النِّصْفِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ العَمَلِ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَعْيُنٍ: عَيْنَاهَا وَعَيْنَا المُسْتَعْمِلِ، فَكَأَنَّهَا ذَاتُ أَعْيُنٍ أَرْبَعَةٍ، فَيَجِبُ الرُّبْعُ بِفَوَاتِ إِحْدَاهَا.

قَالَ: (وَمَنْ سَارَ عَلَى دَابَّةٍ فِي الطَّرِيقِ، فَضَرَبَهَا رَجُلٌ، أَوْ نَخَسَهَا، فَنَفَحَتْ رَجُلًا أَوْ ضَرَبَتْهُ بِيَدِهَا، أَوْ نَفَرَتْ، فَصَدَمَتْهُ فَقَتَلَتْهُ، كَانَ ذَلِكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ ﷺ، وَلِأَنَّ الرَّاكِبَ وَالمَرْكَبَ مَدْفُوعَانِ بِدَفْعِ النَّاخِسِ، فَأُضِيفَ فِعْلُ الدَّابَّةِ إِلَيْهِ، كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِيَدِهِ، ....

قوله: (بأربعة أعين): وفي بعض النسخ: (بأربع أعين).

قوله: (على الناخس دون الراكب)؛ يعني: إذا نخسها بغير إذن الراكب والسائق، وبه صرح في المبسوط[1]، ولا يعلم فيه خلاف.

النخس: الطعن بعود ونحوه، من باب: منع، ومنه: نَخَّاس الدواب دَلّالها.

(كأنه)؛ أي: الناخس (فعله بيده).

وفي المبسوط: جعل الناخس بمنزلة المباشر؛ لأنه لما نخسه ومن عادة الدابة النفحة والوثبة عند النخس؛ فكان الراكب والدابة كالمدفوع عليه، فأضيف الفعل إلى المباشر المتعدي[2].

فإن قيل: في فعل المباشر لا يشترط التعدي في وجوب الضمان، كالنائم إذا انقلب على إنسان أو على مال فأهلكه؛ يجب الضمان عليه، والنائم لا يوصف بالتعدي، وكذا الرامي في ملكه؛ يجب الضمان عليه إذا أتلف شيئًا برميه، وهو متصرف في ملكه، والراكب مباشر دون الناخس؛ ألا ترى أن حرمان الإرث والوصية والكفارة أحكام مرتبة على المباشرة، وذلك يثبت في حق الراكب دون غيره.

قلنا: نعم كذلك، ويندرج جوابه في قوله. ولأن الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس، وإذا كانا مدفوعين[3] بدفع الناخس؛ تعذر إيجاب

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٢).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٢).
(٣) في النسخ الثلاث: (كان مدفوعان) والمثبت الصواب.

وَلِأَنَّ النَّاخِسَ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ، وَالرَّاكِبُ فِي فِعْلِهِ غَيْرُ مُتَعَدٍّ، فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُهُ فِي التَّغْرِيمِ لِلتَّعَدِّي، حَتَّى لَوْ كَانَ وَاقِفًا دَابَّتَهُ عَلَى الطَّرِيقِ، يَكُونُ الضَّمَانُ عَلَى الرَّاكِبِ وَالنَّاخِسِ نِصْفَيْنِ، لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي الإِيقَافِ أَيْضًا. قَالَ: (وَإِنْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ، كَانَ دَمُهُ هَدَرًا) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الجَانِي عَلَى نَفْسِهِ (وَإِنْ أَلْقَتِ الرَّاكِبَ فَقَتَلَتْهُ، كَانَ دِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ النَّاخِسِ) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ فِي تَسْبِيبِهِ، وَفِيهِ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ. قَالَ: (وَلَوْ وَثَبَتْ بِنَخْسِهِ عَلَى رَجُلٍ، أَوْ وَطِئَتْهُ فَقَتَلَتْهُ، كَانَ ذَلِكَ عَلَى النَّاخِسِ دُونَ الرَّاكِبِ) لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَالوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَجِبُ الضَّمَانُ

الضمان على الراكب بالمباشرة، وتعذر إيجابه بالتسبيب؛ لأنه لم يكن متعديًا[١] فيه، وأما الناخس فمتعد فيه، فأوجبنا الضمان عليه.

ولا يقال: ينبغي أن يضمن الناخس النفحة كالراكب والسائق، إذ لا يمكنه الاحتراز عنه على ما ذكرنا، وحيث يضمن؛ لأن الناخس متعد في التسبيب، حيث نخس بغير إذنهما، والسائق والراكب غير متعد، فلا يضمنان النفحة؛ لعدم تمكن الاحتراز عنه، أما الناخس فمتعد، فيضمن النفحة. ذكره في المبسوط.

قوله: (ولأن الناخس متعد في تسبيبه): وإنما قلنا: إنه مسبب؛ لأن من عادة الدابة عند[٢] النخس النفحة والوثبة.

قوله: (واقفا دابته): هذا من الوقف لا من الوقوف.

(ولما بينا)؛ إشارة إلى قوله: **(لأنه متعد في تسبيبه)**.

(والواقف في الملك والذي يسير سواء في ذلك)؛ أي: في وجوب الضمان على الناخس[٣]. ولعدم التعدي في الواقف والسائر، ووجود التعدي في الناخس.

وقيد بالملك هاهنا في الوقوف والسير؛ لأنه إذا كان الراكب واقفًا في بعض الطريق الذي لم يؤذن في الوقوف، فضرب إنسان دابته بإذنه، فنفحت

---

(١) في النسخ الثلاث: (متعد) والمثبت الصواب.
(٢) في الأصل: (عن) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (الفاحش) والمثبت من النسخة الثانية.

عَلَى النَّاخِسِ وَالرَّاكِبِ نِصْفَيْنِ، لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِثِقَلِ الرَّاكِبِ وَوَطْءِ الدَّابَّةِ، وَالثَّانِي مُضَافٌ إلَى النَّاخِسِ، فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ نَخَسَهَا بِإِذْنِ الرَّاكِبِ، كَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ الرَّاكِبِ لَوْ نَخَسَهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي نَفْحَتِهَا، لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَا يَمْلِكُهُ، إذ النَّخْسُ فِي مَعْنَى السَّوْقِ، فَصَحَّ أَمْرُهُ بِهِ، وَانْتَقَلَ إلَيْهِ لِمَعْنَى الأَمْرِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَطِئَتْ رَجُلًا فِي سَيْرِهَا، وَقَدْ نَخَسَهَا النَّاخِسُ بِإِذْنِ الرَّاكِبِ، فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ جَمِيعًا إذَا كَانَتْ فِي فَوْرِهَا الَّذِي نَخَسَهَا) لِأَنَّ سَيْرَهَا فِي تِلْكَ الحَالَةِ مُضَافٌ إلَيْهِمَا، وَالإِذْنُ يَتَنَاوَلُ فِعْلَهُ مِن حَيْثُ السَّوْقُ، وَلَا يَتَنَاوَلُهُ مِن حَيْثُ إنَّهُ إتْلَافٌ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَالرُّكُوبُ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلْوَطْءِ، فَالنَّخْسُ لَيْسَ

إنسانًا؛ فالدية على الضارب والراكب نصفين على عاقلتهما؛ لأن الضارب سائق، وكل راكب سائق، فاستويا فضمنا، ولا كفارة عليهما؛ لأن القتل حصل بالتسبيب؛ لأن الراكب أنزل مباشرًا فيما يحصل بالسير دون ما يحصل بالنفحة. كذا في الإيضاح.

قوله: (**والثاني**)؛ أي: وطء الدابة (**مضاف إلى الناخس**)؛ لما ذكرنا أن عادة الدابة الوثبة والنفحة عند النخس، فكان الناخس كالسائق لها، والسائق مع الراكب ضامنان. روى ابن سماعة هذا عن أبي يوسف. كذا في المبسوط.

قوله: (**ولا ضمان عليه**)؛ أي: على الناخس (**في نفحتها لأنه**)؛ أي: الراكب (**أمره**)؛ أي: الناخس (**بما يملكه**)؛ وهو النخس، إلى آخره.

قوله: (**مضاف إليهما**)؛ أي: إلى الراكب والناخس.

وفي بعض النسخ: (إليها)؛ أي: إلى النخسة.

قوله: (**والإذن يتناول فعله**)؛ أي: فعل الناخس، إلى آخره: هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: ينبغي ألا يضمن الناخس؛ لأنه متى أذنه بالنخس نقل فعله إلى الراكب، فلم يبق متعديًا. فقال: إذنه لهما يصح من حيث إنه سوق، لا من حيث إنه إتلاف (فمن هذا الوجه يقتصر عليه) فكان متعديًا.

وقوله: (**والركوب**) إلى آخره: جواب سؤال آخر، وهو أن الراكب صاحب

بِشَرْطٍ لِهَذِهِ العِلَّةِ، بَلْ هُوَ شَرْطٌ أَوْ عِلَّةٌ لِلسَّيْرِ، وَالسَّيْرُ عِلَّةٌ لِلْوَطْءِ، وَبِهَذَا لَا يَتَرَجَّحُ صَاحِبُ العِلَّةِ، كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا فَوَقَعَ فِي بِئْرٍ حَفَرَهَا غَيْرُهُ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَمَاتَ، فَالدِّيَةُ عَلَيْهِمَا، لِمَا أَنَّ الحَفْرَ شَرْطُ عِلَّةٍ أُخْرَى دُونَ عِلَّةِ الجُرْحِ كَذَا هَذَا. ثُمَّ قِيلَ: يَرْجِعُ النَّاخِسُ عَلَى الرَّاكِبِ بِمَا ضَمِنَ فِي الإِيطَاءِ، لِأَنَّهُ فَعَلَهُ بِأَمْرِهِ. وَقِيلَ: لَا يَرْجِعُ، وَهُوَ الأَصَحُّ فِيمَا أَرَاهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالإِيطَاءِ، وَالنَّخْسُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ بِتَسْيِيرِهَا، فَوَطِئَتْ إِنْسَانًا وَمَاتَ حَتَّى ضَمِنَ

علة؛ إذ الركوب علة الوطء، والناخس صاحب شرط؛ إذ النخس شرط في حق فعل الوطء، وإضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى الشرط.

فقال: (والركوب وإن كان علة للوطء) إلى آخره: تشريحه: إنما يترجح صاحب العلة على الشرط إذا كان شرط تلك العلة، فأما إذا كان شرط علة أخرى فلا يترجح صاحب العلة؛ ألا ترى أن من جرح إنسانًا، ثم سقط المجروح في بئر حفرها غيره على الطريق فمات؛ تجب الدية عليهما، وإن كان أحدهما صاحب علة والآخر صاحب شرط؛ لأن الحفر شرط علة أخرى دون الجرح، فكذا هاهنا، الركوب وإن كان علة للوطء، فالنخس ليس بشرط لهذه العلة، بل هو شرط للسير أو علة للسير [٢/ ٥٠٠/ب]، والسير علة للوطء، فصار بمنزلة محصل علة العلة، والحكم لا يمتنع إضافته إلى علة العلة، مع كونه مضافًا إلى حقيقة العلة، فلهذا تجب الدية على عاقلتهما.

(لأنه)؛ أي: الناخس (فعل بأمره)؛ أي: بأمر الراكب، ورجع عليه بما لحقه من العهدة.

قوله: (وهو الأصح فيما أراه)؛ أي: أظنه (لأنه)؛ أي: الراكب أمره بالنخس لا بالإيطاء (والنخس ينفصل عنه)؛ أي: عن الإيطاء، والتلف إنما يحصل بفعل الوطء.

قوله: (بتسييرها)[1]: وفي نسخة: (بتسيرها).

---

(١) في الأصل: (بتيسرها) والمثبت من النسخة الثانية.

عَاقِلَةَ الصَّبِيِّ، فَإِنَّهُمْ لَا يَرْجِعُونَ عَلَى الآمِرِ، لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالتَّسْيِيرِ، وَالإِيطَاءُ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَكَذَا إِذَا نَاوَلَهُ سِلَاحًا فَقَتَلَ بِهِ آخَرَ حَتَّى ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ عَلَى الآمِرِ، ثُمَّ النَّاخِسُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ الإِيطَاءُ فِي فَوْرِ النَّخْسِ حَتَّى يَكُونَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي فَوْرِ ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَى الرَّاكِبِ، لِانْقِطَاعِ أَثَرِ النَّخْسِ، فَبَقِيَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَى الرَّاكِبِ عَلَى الكَمَالِ.

(وَمَنْ قَادَ دَابَّةً فَنَخَسَهَا رَجُلٌ، فَانْفَلَتَتْ مِن يَدِ القَائِدِ، فَأَصَابَتْ فِي فَوْرِهَا، فَهُوَ عَلَى النَّاخِسِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ لَهَا سَائِقٌ فَنَخَسَهَا غَيْرُهُ)، لِأَنَّهُ مُضَافٌ إِلَيْهِ، وَالنَّاخِسُ إِذَا كَانَ عَبْدًا فَالضَّمَانُ فِي رَقَبَتِهِ، ....

وقيد الصبي بصفة الاستمساك؛ لأنه إذا لم يكن مستمسكًا على الدابة، وحمله رجل على الدابة، والدابة واقفة ثم سارت فأوطأت؛ لا ضمان على عاقلة الصبي، ولا على الذي حمله؛ لأن سير الدابة لا يكون مضافًا إلى الصبي؛ لأن الصبي عليها بمنزلة المتاع، ولا على الحامل؛ لأنه لم يسير الدابة، فكانت الدابة كالمنفلتة، فيكون فعله هدرًا؛ لقوله ﷺ: «**فِعْلُ العَجماءِ جُبارٌ**»[١] والمراد: المنفلتة. كذا في الذخيرة، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (**فالضمان على الناخس**) لا على القائد.

قوله: (**فنخسها غيره**)؛ أي: غير السائق، فالضمان على الناخس لا على السائق.

(**لأنه**)؛ أي: التلف (**مضاف إليه**)؛ أي: إلى النخس؛ إذ الانفلات أثر فعل الناخس، وهو شرط التلف. وإنما ذكر وجود القائد والسائق لهذا المعنى، فأما إذا لم يكونا؛ فلا شك في وجوب الضمان على الناخس؛ لأن النخس مضاف إليه، فما تولد منه يكون عليه؛ لأنه مضاف إليه من غير مزاحمة.

قوله: (**فالضمان في رقبته**)؛ أي: رقبة العبد، يدفع بها أو يفدي. هذا إذا

---

(١) سبق تخريجه.

وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا فَفِي مَالِهِ، لِأَنَّهُمَا مُؤَاخَذَانِ بِأَفْعَالِهِمَا (وَلَوْ نَخَسَهَا شَيْءٌ مَنْصُوبٌ فِي الطَّرِيقِ، فَنَفَحَتْ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ، فَالضَّمَانُ عَلَى مَنْ نَصَبَ ذَلِكَ الشَّيْءَ)، لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِشَغْلِ الطَّرِيقِ، فَأُضِيفَ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ نَخَسَهَا بِفِعْلِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

نخسه بغير إذن الراكب، أما إذا نخسه بإذنه، فإن كان التلف بالنفحة؛ فلا ضمان على الراكب والعبد إذا كان يسير في الطريق؛ لأن فعل المأمور كفعل الآمر. ولو كان بالوطأة في فور النخسة؛ فعلى عاقلة الراكب نصف الدية، وفي عتق العبد نصف الدية، يدفعه مولاه أو يفديه، بمنزلة السائق مع الراكب، إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية؛ لأنه صار غاصبًا للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة، فإذا لحقه ضمان بذلك السبب؛ كان للمولى أن يرجع على المستعمل له، وكذا لو أمره بسوق الدابة أو بقودها[(١)].

ولو كان الراكب عبدًا فأمر عبدا آخر، فساق دابته فأوطأت فقتلت؛ فالدية على أعناقهما[(٢)] نصفين، يدفعان أو يفديان، بمنزلة السائق، ولا شيء لمولى العبد المأمور على الراكب إذا كان الراكب محجورًا عليه حتى يعتق؛ لأن سبب وجوب هذا الضمان استعماله إياه بالقول، والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول حتى يعتق، وبعد العتق عليه قيمة المأمور لمولاه. وإن كان تاجرًا أو مكاتبًا؛ فهو دين في عنقه؛ لأنه من أخذ بضمان القول في الحال. كذا في المبسوط[(٣)].

قوله: (وإذا كان)؛ أي: الناخس (صبيًّا) فهو كالرجل في أن الضمان على عاقلته؛ لأنه يؤاخذ بأفعاله كالبالغ. كذا في المبسوط[(٤)].

وفي الكافي: وقوله في الهداية: (ففي ماله) يحتمل أن يراد به: إذا كانت الجناية على المال، أو فيما دون أرش الموضحة؛ لما أن جنايته إذا كانت موجبة للدية؛ فعلى عاقلته.

---

(١) في الأصل: (بعودها) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (إعتاقهما) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٣).
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٣).

بَابُ جِنَايَةِ المَمْلُوكِ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهِ

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى العَبْدُ جِنَايَةَ خَطَإٍ، قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا، أَوْ تَفْدِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهَا، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ المَوْلَى الأَرْشَ، وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ فِي اتِّبَاعِ الجَانِي بَعْدَ العِتْقِ. ....

بَابُ جِنَايَةِ الْمَمْلُوكِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ

لما فرغ من جناية الحر وهو المالك شرع في جناية العبد وهو المملوك؛ لانحطاط رتبته عن الحر.

الأصل أن جناية العبد توجب الدفع أو الفداء عندنا على المولى، وعند الشافعي: الوجوب على العبد يباع فيها إلا أن يفديه المولى[1].

وإنما قيد جنايته خطأ؛ لأن في العمد على النفس يجب القصاص عليه، وفيما دون النفس تجب الدية خطأ أو عمدًا؛ لأن القصاص لا يجري فيه بين العبيد والعبيد، ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس، وإنما يقال للمولى بالدفع والفداء بعد الاستيفاء؛ لأنه لا يقضى على المولى بشيء في ذلك حتى يبرأ المجني عليه كما في جناية الحر؛ لأن موجب الجناية يختلف بالسراية وعدمها، فلم يصر ذلك معلومًا قبل الاستيفاء، والقضاء بالمجهول غير ممكن، كذا في المبسوط[2].

قوله: (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) يعني أن المجني عليه عند الشافعي يتبع العبد بعد العتق، يعني إذا كانت قيمته غير معادلة للأرش يتبعه بعد العتق، أما لو كان الأرش بعد القيمة يكون على المولى، والمولى مختار للفداء بالعتق.

وفي مبسوط بكر، والأسرار: حاصل الخلاف أن موجب جنايته على الآدمي على العبد عند الشافعي، وعندنا يجب على المولى الدفع أو الفداء، إلا أن الموجب الأصلي الدفع، وله أن يختار الفداء حتى لو هلك العبد قالوا: برئ

(١) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٢٦٣)، والحاوي للماوردي (٥/ ٢٦٤).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٢٧).

وَالمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ - رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ -، لَهُ: أَنَّ الأَصْلَ فِي مُوجِبِ الجِنَايَةِ أَنْ يَجِبَ عَلَى المُتْلِفِ لِأَنَّهُ هُوَ الجَانِي، إِلَّا أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ عَنْهُ، وَلَا عَاقِلَةَ لِلْعَبْدِ، لِأَنَّ العَقْلَ عِنْدِي بِالقَرَابَةِ، وَلَا قَرَابَةَ بَيْنَ العَبْدِ وَمَوْلَاهُ، فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ

المولى، ولو كان الواجب [٢/ ٥٠١/أ] أحد الشيئين، والخيار إليه، ينبغي أن يتعين الأرش بعد هلاكه.

وعند الشافعي: موجب جنايته عليه كموجب جنايته على المال، ومن حكم الدين إذا وجب على العبد يخير المولى بين الدفع والبيع في الدين، وبه قال أحمد في رواية.

فعلى هذا لو كان قيمته قدر الأرش أو دونه فالسيد مخير بين الفداء والدفع، وهو قول الحسن، والثوري، والشعبي، وعطاء، ومجاهد، والزهري، وحماد.

وقال أحمد في رواية: يلزم السيد دفعه، وهو قول مالك، والشافعي في قول، إلا أن يفديه بالأرش بالغًا ما بلغ؛ لأن بإمساكه فَوَّت محل حقه.

وفي الإيضاح: موجب جنايته صيرورته جزاء جنايته عندنا، قلت الجناية أو كثرت، وللمولى أن يختار الفداء، وعنده الجناية في رقبته يباع فيها إلا أن يفديه المولى.

قوله: (والمسألة مختلفة بين الصحابة) فإنه روي عن عليّ أنه قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم في رقاب الناس، كمذهبنا.

وهكذا روي عن ابن عباس، ومعاذ بن جبل، وأبي عبيدة بن الجراح، وروي عن عمر مثل مذهبه، فإنه قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنايته في قيمتهم، أي: في أثمانهم؛ لأن الثمن قيمة العبد، وإذا كانت المسألة مختلفة بينهم فرجحنا قول علي، وابن عباس، ومعاذ بحديث روي أنه عليه الصلاة والسلام: «**أمرَ في عبدٍ جنَى جنايةً أن يدفعَ بِها**»، كذا في مبسوط شيخ الإسلام[(١)].

---

(١) انظر: المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٦/ ٢٧).

كَمَا فِي الدَّيْنِ، وَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ كَمَا فِي الجِنَايَةِ عَلَى المَالِ.

وَلَنَا: أَنَّ الأَصْلَ فِي الجِنَايَةِ عَلَى الآدَمِيِّ حَالَةَ الخَطَإِ أَنْ تَتَبَاعَدَ عَنِ الجَانِي تَحَرُّزًا عَنِ اسْتِئْصَالِهِ وَالإِجْحَافِ بِهِ، إِذْ هُوَ مَعْذُورٌ فِيهِ، حَيْثُ لَمْ يَتَعَمَّدِ الجِنَايَةَ، وَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الجَانِي إِذَا كَانَ لَهُ عَاقِلَةٌ، وَالمَوْلَى عَاقِلَتُهُ، لِأَنَّ العَبْدَ يَسْتَنْصِرُ بِهِ، وَالأَصْلُ فِي العَاقِلَةِ عِنْدَنَا: النُّصْرَةُ، حَتَّى تَجِبُ عَلَى أَهْلِ الدِّيوَانِ. بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَلَا عَاقِلَةَ، فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ صِيَانَةً لِلدَّمِ عَنِ الهَدَرِ، وَبِخِلَافِ الجِنَايَةِ عَلَى المَالِ؛ لِأَنَّ العَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ المَالَ، إِلَّا أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالفِدَاءِ لِأَنَّهُ وَاحِدٌ، وَفِي إِثْبَاتِ الخِيرَةِ نَوْعُ تَخْفِيفٍ فِي حَقِّهِ كَيْ لَا يُسْتَأْصَلَ، ......

قوله: (كما في الدين) وهو ظاهر على ما قلنا، وفي بعض النسخ: (كما في الذمي) يعني إذا قتل الذمي خطأ تجب دية المقتول في ذمته لا على عاقلته كما في إتلاف المال، وقوله بعد هذا: (بخلاف الذمي) يدل على صحة هذه النسخة.

قوله: (ولنا) إلى آخره [تشريحه][1] الضمان الواجب بالجناية على الآدمي ضمان صلة وجب دفعًا لوحشة القتل عن أولياء المقتول، وصونًا للدم عن الهدر؛ فوجبت على العاقلة، والعبد ليس بأهل لإيجاب الصلة عليه، وتعذر إهدار الدم، فلا بد من صونه بقدر الإمكان، فجعلنا نفسه جزاء جنايته، وصيرورته جزاء لجنايته في العمد، إلا أن يختار المولى الفداء فيكون له ذلك؛ لأن مقصود المجني عليه يحصل بوصول المتلف بكماله، بخلاف إتلاف المال فإنه لا يستحق به نفس المتلف بحال شرعًا، أو لأن الأصل في موجب جناية الخطأ أن يتباعد عن الجاني لكونه معذورًا، والخطأ موضوع شرعًا، ويتعلق بأقرب الناس إليه، وهو العاقلة تخفيفًا على المخطئ إلى آخر ما ذكر في المتن.

قوله: (إلا أنه) أي: المولى (يخير) يعني لما كان المولى عاقلته ينبغي ألا يخير بين الدفع والفداء، كما لا يثبت الخيار في سائر العواقل، فقال: إنما يخير إلى المولى؛ لأنه واحد هاهنا في كونه عاقلة، وفي إثبات الخيار له نوع تخفيف عليه[2]،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.

(٢) في الأصل: (عمليه) والمثبت من الثانية.

غَيْرَ أَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ فِي الصَّحِيحِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ المُوجِبُ بِمَوْتِ العَبْدِ

بخلاف سائر العواقل؛ لأن فيهم كثرة ويثبت التخفيف بالتوزيع عليهم، فلا يثبت الخيار لهم.

وقوله: **(غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح)** جواب سؤال مقدر وهو أن يقال: لو كان موجب جنايته على ذمة المولى ينبغي ألا تسقط بموت العبد كما في الحر الجاني إذا مات لا يسقط العقل عن عاقلته.

فقال: الموجب الأصلي هو الدفع، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، فإن الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب، وللمالك حق النقل إلى القيمة والأداء من مال، وتسقط الزكاة بهلاك النصاب فكذا هاهنا، بخلاف الجاني الحر فإن الواجب لا يتعلق بذمته، بل يجب على العاقلة، فلم يحصل بموته فوات محل الواجب كالعبد في صدقة الفطر، يعني إذا مات العبد لا تسقط صدقة الفطر عن المولى.

وقوله: **(في الصحيح)** احتراز عن رواية أخرى ذكرها التمرتاشي قيل: الأصل هو الدية والأرش، لكن للمولى دفع هذا الواجب بدفع الجاني، وله المخلص عن الواجب بالدفع.

وفي الأسرار أيضًا: لكن الرواية بخلاف هذا في غير موضع، نص محمد رحمه الله أن الواجب هو العبد؛ لأن المولى ليس بجانٍ، ولا عاقلة هو للعبد؛ لأن ولاية القرابة منقطعة بالرق، والمولى ما اشتراه ليواليه، ويعقل عنه بل ليستخدمه.

قوله: **(ولهذا يسقط الموجب بموت العبد)** سواء مات بآفة سماوية، أو بعثه المولى في حاجته، أو استخدامه، فلا ضمان عليه في ذلك؛ لأن للمولى حق الاستخدام في العبد الجاني ما لم يدفعه، فلا يكون فعله ذلك تعديًا، كذا في المبسوط.

يعني إذا برئ المولى بموته قبل اختيار الفداء من الدفع أو الفداء [٢/ ٥٠١/ ب] دل أن الموجب الأصلي هو الدفع، إذ لو كان الموجب أحدهما من الدفع

لِفَوَاتِ مَحَلِّ الوَاجِبِ وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْلِ إِلَى الفِدَاءِ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ، بِخِلَافِ مَوْتِ الجَانِي الحُرِّ، لِأَنَّ الوَاجِبَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالحُرِّ اسْتِيفَاءً، فَصَارَ كَالعَبْدِ فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ. قَالَ: (فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَلِيُّ الجِنَايَةِ، وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِأَرْشِهَا، وَكُلُّ ذَلِكَ يَلْزَمُ حَالًّا) أَمَّا الدَّفْعُ: فَلِأَنَّ التَّأْجِيلَ فِي الأَعْيَانِ بَاطِلٌ وَعِنْدَ اخْتِيَارِهِ الوَاجِبَ عُيِّنَ.

أو الفداء ينبغي أن يتعين الأرش بموته وليس كذلك.

وقوله: (ولهذا يسقط الموجب بموت العبد) لإيضاح أصالة الدفع لا الفداء.

فإن قيل: هذا الحكم ثابت في إتلافه المال حيث يسقط ضمان المال بموت العبد أيضًا، ذكره المحبوبي، والتمرتاشي صريحًا وشيخ الإسلام في مبسوطه إشارة، فكيف يكون إيضاحًا له؟

قيل: حاصل كلامه أن في الصورتين تعلق الحق برقبة العبد فيفوته بفوت محل التعلق.

وحاصله: أن الدفع حاصل أيضًا في صورة إتلاف المال [لا ولاية][1] بيعه للغرماء، فكان مدفوعًا إليهم.

قوله: (وكل ذلك) أي: من الدفع أو الغريم (يلزم) المولىٰ (حالًّا) وإن كان الواجب على المولى كالواجب على العاقلة، وما وجب على العاقلة مؤجل، وهاهنا يجب حالًّا؛ لأن الواجب عليه إما الدفع فلا يجوز التأجيل فيه؛ لأنه عين، والتأجيل في الأعيان باطل؛ لأن التأجيل شرع للتحصيل، وتحصيل الحاصل باطل، وإما الفداء فلأنه جعل بدلًا عن العبد شرعًا، وكان حالًّا فكذا بدله؛ لأن للبدل حكم المبدل.

فإن قيل: قد يختلف حكم البدل، فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصَى له، وإذا صار مالًا يتعلق حقه به، والمال هناك بدل عن القصاص، وكذا التيمم بدل عن الوضوء مع أن النية شرط فيه دون الوضوء، وأداء الصلاة وقضاؤها يختلفان في حق اقتداء المسافر بالمقيم، فإن الأداء يصير أربعًا دون القضاء.

قلنا: نعم كذلك إلا أن الأصل في الدَّين أن يكون حالًّا، والأجل يثبت

---

(١) في الأصل: (لانه) والمثبت من الثانية.

وَأَمَّا الفِدَاءُ: فَلِأَنَّهُ جُعِلَ بَدَلًا عَن العَبْدِ فِي الشَّرْعِ، وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا بِالمُتْلَفِ، وَلِهَذَا سُمِّيَ فِدَاءً، فَيَقُومُ مَقَامَهُ وَيَأْخُذُ حُكْمَهُ، فَلِهَذَا وَجَبَ حَالًّا كَالمُبْدَلِ (وَأَيُّهُمَا اخْتَارَهُ وَفَعَلَهُ، لَا شَيْءَ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ غَيْرُهُ) أَمَّا الدَّفْعُ: فَلِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِذَا خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّقَبَةِ سَقَطَ. وَأَمَّا الفِدَاءُ: فَلِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا الأَرْشُ، فَإِذَا أَوْفَاهُ حَقَّهُ سَلَّمَ العَبْدَ لَهُ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ شَيْئًا حَتَّى مَاتَ العَبْدُ، بَطَلَ حَقُّ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ، لِفَوَاتِ مَحَلِّ حَقِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَمَا اخْتَارَ الفِدَاءَ، لَمْ يَبْرَأْ، لِتَحَوُّلِ

بعارض شرط التأجيل كما ذكرنا في كتاب الكفالة، ولما لم يثبت شرط التأجيل في الفداء يجب حالًّا، ولكن ذكر النظر إلى المبدل لبيان رجحان جانب الحول، فإن الفداء لما وجب بمقابلة النفس، والمولى بمنزلة العاقلة، ينبغي أن يجب مؤجلًا كما في العاقلة، وإن لم يذكر شرط التأجيل.

ومن حيث إن الفداء دين في ذمته يجب حالًّا كسائر الديون، فلما تعارض جانبا الأصل والحلول رجحنا جانب الحلول بأنه فرع لأصل هو مال، فيجب أن يكون حالًّا لئلا يفارق الخلف الأصل.

أما مخالفتهما في تلك المسائل لمعان ذكرناها في مواضعها: وهي أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال، فلا يتعلق به، والتراب غير مطهر بنفسه، فلا بد من إلحاق النية، وصلاة المسافر في الوقت قال: للتغيير، وفي القضاء لا؛ إذ في اقتداء المسافر بالمقيم خارج الوقت بناء القوي على الضعيف في حق القعدة الأولى.

قوله: (**فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط**) أي: سقط حق المطالبة من المولى، كالوارث إذا خلى بين الغرماء وبين التركة.

وقوله: (**على ما بيناه**) إشارة إلى قوله: (غير أن الموجب الأصلي هو الدافع) إلى آخره.

(**بعد ما اختار الفداء**) أي: صريحا أو دلالة قولًا وفعلًا، لأن التعيين يحصل بأيهما كان بخلاف التعيين في أنواع الكفارة، حيث لا يحصل بالقول؛ لأن في حقوق الله تعالى المقصود هو الفعل؛ لأن المقصود هو الابتداء وذلك

الحَقِّ مِن رَقَبَةِ العَبْدِ إِلَى ذِمَّةِ المَوْلَى. قَالَ: (فَإِنْ عَادَ فَجَنَى، كَانَ حُكْمُ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ كَحُكْمِ الجِنَايَةِ الأُولَى) مَعْنَاهُ: بَعْدَ الفِدَاءِ، لِأَنَّهُ لَمَّا طَهُرَ عَن الجِنَايَةِ بِالفِدَاءِ، جُعِلَ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ، وَهَذَا ابْتِدَاءُ جِنَايَةٍ. قَالَ: (وَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ، قِيلَ لِلْمَوْلَى: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا، وَإِمَّا أَنْ تفدِيَهُ بِأَرْشِ كُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا) لِأَنَّ تَعَلُّقَ الأَوَّلِ ....

بالفعل، أما في حقوق العباد تعين المحل لا للفعل، والتعين يحصل بالفعل، وكان القول محققًا غرض صاحب الحق.

قوله: (حكم الجناية الأولى) أي: يقال للمولى: ادفعه أو افده، كما في الجناية الأولى.

قوله: (معناه بعد الفداء) إنما فسر المسألة بهذا؛ لأن لو لم يفد الجناية الأولى، ثم جنى أخرى كانت المسألة عين المسألة الثانية، وهي قوله: (وإن جنَى جنايتين) إلى آخره.

قوله: (لأن تعلق الأولى)[(١)] أي: الجناية الأولى، ولا يمنع تعلق الثانية، وبه قالت الأئمة الثلاثة، والحسن، وحماد، وربيعة.

وعن شريح: يدفع إلى ولي الجناية الأولى، إلا أن يفديه مولاه، ثم يدفع إلى الثاني، ثم إلى الثالث، وبه قال الشعبي، وقتادة؛ لأن الجناية الثانية وردت على محل مستحق، فقدم صاحبها.

وقلنا: تساويا في سبب تعلق الحق فتساووا[(٢)] في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحد.

ألا ترى أن حقيقة الملك للمولى لا يمنع تعلق [الحق][(٣)]، فحق التملك أولى أن لا يمنع، بخلاف الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقه قبل الرهن أو بعده، حيث لا تتعلق سائر الديون بالرهن لمنع

---

(١) تقدم في المتن (الأول).
(٢) في الأصل (فتشاوروا) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِرَقَبَتِهِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ بِهَا كَالدُّيُونِ الْمُتَلَاحِقَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لَمْ يَمْنَعْ تَعَلُّقَ الجِنَايَةِ، فَحَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الأَوَّلِ أَوْلَى أَنْ لَا يُمْنَعَ، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: «عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا»: عَلَى قَدْرِ أَرْشِ جِنَايَتِهِمَا (وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً: يَقْتَسِمُونَ العَبْدَ المَدْفُوعَ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ، وَإِنْ فَدَاهُ فَدَاهُ بِجَمِيعِ أُرُوشِهِمْ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدًا وَفَقَأَ عَيْنَ آخَرَ يَقْتَسِمَانِهِ أَثْلَاثًا)، لِأَنَّ أَرْشَ العَيْنِ عَلَى النِّصْفِ مِن أَرْشِ النَّفْسِ، وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الشَّجَّاتِ (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَفْدِيَ مِن بَعْضِهِمْ وَيَدْفَعَ إِلَى بَعْضِهِمْ مِقْدَارَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِن العَبْدِ) لِأَنَّ الحُقُوقَ مُخْتَلِفَةٌ بِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا، وَهِيَ الجِنَايَاتُ المُخْتَلِفَةُ، بِخِلَافِ مَقْتُولِ العَبْدِ إِذَا كَانَ لَهُ وَلِيَّانِ: لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَ مِن أَحَدِهِمَا وَيَدْفَعَ إِلَى الآخَرِ، لِأَنَّ الحَقَّ مُتَّحِدٌ لِاتِّحَادِ سَبَبِهِ، وَهِيَ الجِنَايَةُ المُتَّحِدَةُ، وَالحَقُّ يَجِبُ لِلْمَقْتُولِ، ثُمَّ لِلْوَارِثِ خِلَافَةً عَنْهُ، فَلَا يَمْلِكُ التَّفْرِيقَ فِي مُوجَبِهَا.

حق المرتهن تعلق غيره، وملك الراهن لا يمنع لما أن الرهن إيفاء حكمًا، والارتهان استيفاء حكمي فيعتبر بالإيفاء والاستيفاء الحقيقي، وهنالك لا يتعلق، فكذا في الحكمي، أما هاهنا مجرد التعلق لا الإيفاء [٢/ ٥٠٢/أ] ولا الاستيفاء لا حقيقة ولا حكما، فلا يتنافيان بالتعلق برقبة العبد الجاني.

ومعنى قوله: (على قدر حقيهما) لأن المستحق يستحقه عوضًا عما فات، فلا بد أن يقسم على قدر العوض، كذا في الإيضاح.

وقوله: (لما ذكرناه) هو قوله: (لأن تعلق الأولى[١] برقبته لا يمنع تعلق الثاني).

(لأن أرش العين) أي: العين الواحدة.

قوله: (والحق يجب للمقتول) إلى آخره جواب إشكال، وهو أن يقال: الحق إن كان متحدًا بالنظر إلى سببه فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين، فينبغي أن يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الأولى، فقال: لا نسلم أن المستحق متعدد، بل واحد أيضًا كالسبب؛ لأن الأصل في الاستحقاق الميت وهو واحد،

---

(١) تقدم في المتن (الأول).

قَالَ: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ المَوْلَى - وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالجِنَايَةِ - ضَمِنَ الأَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا، وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ العِلْمِ بِالجِنَايَةِ، وَجَبَ عَلَيْهِ الأَرْشُ) لِأَنَّ فِي الأَوَّلِ فَوَّتَ حَقَّه، فَيَضْمَنُهُ، وَحَقُّهُ فِي أَقَلِّهِمَا، وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، لِأَنَّهُ لَا اخْتِيَارَ بِدُونِ العِلْمِ، وَفِي الثَّانِي: صَارَ مُخْتَارًا، لِأَنَّ الإِعْتَاقَ يَمْنَعُهُ مِن الدَّفْعِ، فَالإِقْدَامُ عَلَيْهِ اخْتِيَارٌ مِنْهُ لِلْآخَرِ، وَعَلَى هَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ البَيْعُ وَالهِبَةُ وَالتَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ، لِأَنَّ كُلَّ

والوارثان خلف عنه، فكان الاعتبار لاتحاد الأصل.

فإن قيل: اعتبار جانب الوارث أولى؛ لأن الملك له حقيقة وحكمًا، وللميت حكمًا لا حقيقة؛ لأنه ليس من أهل الملك حقيقة، وإذا اعتبرنا جانب الوارثين ينبغي أن يتمكن من أن يفدي أحدهما ويدفع الآخر، كما لو اختلف الجانبان.

قلنا: يتمكن في رواية كتاب الدور، أما في عامة الروايات يصير المولى مختارًا للفداء في حق الجميع باختيار الفداء في أحدهما؛ لما أن ملك الميت أصل، وملك الوارث بناء عليه، فكان اعتبار الأصل أولى، إليه أشار في الذخيرة.

قوله: (ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها) وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية.

وقال الشافعي: يلزمه تمام الأرش، وبه قال مالك، وأحمد في رواية، كما لو أعتقه بعد العلم بالجناية؛ لأنه امتنع عن تسليمه بإعتاقه، فصار بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار الفداء.

وقلنا: لما أعتقه بدون العلم لم يختر الفداء؛ لعدم العلم بالجناية، ولكن فوَّت محل حقه، فيلزمه حقه وهو الأقل قيمته ومن الأرش.

قوله: (وعلى هذا الوجه)(١) وهو العلم بالجناية وعدم العلم بها، ويجيء خلاف الأئمة الثلاثة فيه أيضًا بجواز [بيعه](٢) على قول عند الشافعي.

---

(١) تقدم في المتن (وعلى هذين الوجهين).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.

ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الدَّفْعَ لِزَوَالِ المِلْكِ بِهِ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ عَلَى رِوَايَةِ الأَصْلِ، لِأَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ، فَإِنَّهُ المُقَرُّ لَهُ يُخَاطَبُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ.

وَلَيْسَ فِيهِ نَقْلُ المِلْكِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الأَمْرُ كَمَا قَالَهُ المُقِرُّ، وَأَلْحَقَهُ الكَرْخِيُّ بِالبَيْعِ وَأَخَوَاتِهِ، لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ فَيَسْتَحِقُّهُ المُقَرُّ لَهُ بِإِقْرَارِهِ فَأَشْبَهَ البَيْعَ.

وعند أحمد، ومالك: وتعلق الجناية برقبته فإن كان المشتري عالمًا بحاله فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، وينتقل الخيار في فدائه عندهم وتسليمه إلى المشتري كالسيد، وإن [لم][1] يعلم المشتري بحاله فله الخيار بين إمساكه ورده كسائر المعيبات.

قوله: (**بخلاف الإقرار على رواية الأصل**) يعني إذا أقر من في يده العبد الجاني بأن العبد لفلان لا يصير مختارًا للفداء لما ذكر في المتن، هذا إذا أثبت بالبينة أن العبد لفلان، أما إذا لم يثبت فلا، فإنه ذكر في المبسوط: لو قال ذو اليد هو وديعة عندي لفلان، أو عارية، أو إجارة، أو رهن، فإن أقام بينة أخَّر الأمر حتى يقدم الغائب، وإن لم يقم بينة خوطب بالدفع أو الفداء.

وقال زفر: هو مختار للفداء بمجرد قوله: إنه لفلان؛ لأنه زعم أنه لا سبيل له على دفعه، فيجعل به مفوتًا للدفع مختارًا للفداء، كما لو أعتقه.

وقلنا: هو بكلامه يزعم أنه ليس بخصم، واختياره يبتنى على كونه خصمًا، فإذا أثبت بالبينة أنه ليس بخصم، فصار كالمعاينة، وإذا لم يقم بينة فهو خصم باعتبار ظاهر اليد وهو متمكن من دفعه، فيخاطب بالدفع أو الفداء، فإن فداه وحضر الغائب أخذ عبده بغير شيء، لأنه متبرع في هذا الفداء بزعمه، وإن كان دفعه فالغائب بالخيار إن شاء أمضى بذلك، وإن شاء أخذ العبد ودفع الأرش؛ لأن بتصديقه تبين أن الملك له وكان الخيار له[2].

قوله: (**وألحقه الكرخي بالبيع**) وفي الإيضاح: رواية الكرخي خارجة عن الأصول، وهو قول زفر، وإطلاق الجواب في الكتاب وهو قوله: (ضمن الأقل

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٤١).

وَإِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ يَنْتَظِمُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهَا، وَكَذَا المَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ، وَإِطْلَاقُ البَيْعِ يَنْتَظِمُ البَيْعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي، لِأَنَّهُ يُزِيلُ المِلْكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَنَقَضَهُ، وَبِخِلَافِ العَرْضِ عَلَى البَيْعِ، لِأَنَّ المِلْكَ مَا زَالَ، وَلَوْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا: لَمْ يَصِرْ مُخْتَارًا حَتَّى يُسَلِّمَهُ، لِأَنَّ الزَّوَالَ بِهِ، بِخِلَافِ

من قيمته ومن أرشها[١].

(لأنه) أي: البيع بشرط جناية المشتري يزيل ملك البائع بالإجماع وإن اختلفوا في ثبوت الملك للمشتري، أما لو كان الخيار للبائع ونقض البيع لم يكن اختيارًا للفداء؛ لأن الدفع لم يفت، وكذا بالعرض على البيع.

وقال زفر: يكون مختارًا للفداء بالبيع بالخيار وبالعرض على البيع لأن ذلك دليل استيفاء الملك، ولهذا يسقط خيار الشرط بهما.

وقلنا: إنما يسقط خيار الشرط بهما للزوم التصرف في ملك الغير في الآخرة على تقدير الفسخ، والتصرفُ في ملك الغير حرامٌ.

أما هاهنا [لو][٢] لم يجعل مختارًا لا يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترقا، ولأن المشتري أو البائع لو [لم][٣] يجعل مخيرًا أو فاسخًا لم يصح شراؤه وبيعه؛ لأنه يكون شراء وبيعًا فيه غرور، وهاهنا لا يلزم الغرر في حق الدفع، فيبقى مخيرًا [٢/ ٥٠٢/ب] بين الدفع والفداء لتمكنه من كل واحد لعدم زوال ملكه، إليه أشار في الإيضاح.

قوله: (لأن الزوال به) أي: يزول الملك بالتسليم في البيع الفاسد بخلاف الكتابة الفاسدة، كما لو كاتب على خمر أو خنزير حيث يصير مختارًا للفداء بنفس العقد؛ لأن موجبه وهو استحقاق العتق عند أداء العوض المشروط يثبت قبل قبض بدل الكتابة فيصير بنفس العقد مختارًا.

وفي الإيضاح: كاتبه وهو يعلم بالجناية ثم عجز فإن كان خوصم قبل

---

(١) في الأصل: (اشها) والمثبت من الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.

الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ، لِأَنَّ مُوجَبَهُ يَثْبُتُ قَبْلَ قَبْضِ البَدَلِ، فَيَصِيرُ بِنَفْسِهِ مُخْتَارًا، وَلَوْ بَاعَهُ مَوْلَاهُ مِن المَجْنِيِّ عَلَيْهِ، فَهُوَ مُخْتَارٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ لَهُ أَخْذَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَهُوَ مُتَحَقِّقٌ فِي الهِبَةِ دُونَ البَيْعِ، وَإِعْتَاقُ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِأَمْرِ المَوْلَى بِمَنْزِلَةِ إِعْتَاقِ المَوْلَى فِيمَا ذَكَرْنَاهُ، لِأَنَّ فِعْلَ المَأْمُورِ مُضَافٌ إِلَيْهِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ فَهُوَ مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالجِنَايَةِ، لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا، فَوَطِئَهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعَلَّقًا لِمَا قُلْنَا، بِخِلَافِ التَّزْوِيجِ، لِأَنَّهُ عَيْبٌ مِن حَيْثُ الحُكْمْ، وَبِخِلَافِ وَطْءِ

[أن][1] يعجز وقضى بالدية ثم عجز لم يرتفع القضاء؛ لأن وجوب البدل استحكم بالقضاء، وإن لم يحكم فيه حتى عجز كان له أن يدفعه؛ لأن الدفع لم يفت على سبيل الاستحكام؛ لاحتمال ارتفاع فوات الدفع بالعجز.

وعن أبي يوسف: يصير مختارًا بالعقد؛ لتعذر الدفع باعتبار فوات اليد، واليد إنما تعود بسبب جديد.

قوله: (ولو ضربه فنقصه) بأن أثر الضرب فيه حتى صار مهزولًا وقلت قيمته ببقاء أثر الضرب (فهو مختار).

(لأنه حبس جزءًا منه) أي: من العبد، فصار كما لو حبس الكل، وهذا لأن حق ولي الجناية ثبت في كل جزء منه، وهو لا يحتمل التجزؤ في الدفع بالجناية، فامتناع الدفع في جزء كالامتناع في كله؛ لأن دفع الكل مع حبس بعضه لا يتصور، وإن كان لا يعلم بالجناية فعليه الأقل من قيمته ومن الأرش.

قوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله: (لأنه [حبس][2] جزءًا منه) إذ بوطء البكر يفوت جزء منه حقيقة.

وقيد بقوله: (وإن لم يكن معلقًا) لإثبات الفرق بين وطء البكر والثيب حيث بوطء الثيب بدون الإعلاق لا يصير مختارًا للفداء في ظاهر الرواية.

قوله: (بخلاف التزويج لأنه عيب حكمي) ولا يتمكن نقصانًا في عينها، ولا يعجز عن دفعها.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.

الثَّيِّبِ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، لِأَنَّهُ لَا يَنْقُصُ مِن غَيْرِ إعْلَاقٍ، وَبِخِلَافِ الِاسْتِخْدَام، لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِالمِلْكِ، وَلِهَذَا لَا يَسْقُطُ بِهِ خِيَارُ الشَّرْطِ، وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الأَظْهَرِ ....

وطعن عيسى وقال: التزويج تعييب كالضرب على بدنها وعينها.

قلنا: في الضرب تفويت الجزء بخلاف النكاح فإنه ليس فيه تفويت جزء بل عيب حكمي، فلا يثبت اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة مع العلم بالجناية.

وقيد على ظاهر الرواية؛ لأنه روي عن أبي يوسف أنه يكون مختارًا للفداء لتجرد الوطء في الثيب، إذ الوطء دليل تقرير ملكه فيها، ولهذا يبطل خيار البائع، وبه قال زفر.

وجه الظاهر: أنه لا ينقص شيئًا ولا يعجز عن دفعها، فلا يكون دليل الاختيار كالاستخدام، بخلاف البيع بخيار البائع، إذ لو لم يجعل فاسخًا به ولزم البيع تبين أن وطأه حصل في ملك غيره، أما هاهنا لو دفعها يملكها ولي الجناية مقتصرًا، ولهذا لا يسلم له شيء من الزوائد بخلاف الأول، كذا في المبسوط[١].

قوله: **(بخلاف الاستخدام)** يعني لا يصير مختارًا للفداء به بعد العلم حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه، وذلك لأن الاستخدام لا يختص بالملك، فلم يدل على الاختيار، وكذا لو كان عليه دين فاستخدمه فهلك لم يضمن للغرماء.

قوله: **(في الأظهر)** احتراز عما ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يصير مختارًا بهما؛ لأنه أثبت عليه يدًا مستحقة بهما صار كالبيع.

وجه الأظهر: أن الإجارة تنقض بالعذر فينقض القاضي الإجارة لقيام حق ولي الجناية؛ لأنه عذر في بعضها، والراهن يتمكن من قضاء الدين، واسترداد الرهن متى شاء، فلم يتحقق عجزه عن دفعه بهذين الفعلين، فلا يصير مختارًا للفداء.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٣٣).

مِن الرِّوَايَاتِ، وَكَذَا بِالإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ وَإِنْ رَكِبَهُ دَيْنٌ، لِأَنَّ الإِذْنَ لَا يُفَوِّتُ الدَّفْعَ وَلَا يُنْقِصُ الرَّقَبَةَ، إِلَّا أَنَّ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِن قَبُولِهِ، لِأَنَّ الدَّيْنَ لَحِقَهُ مِن جِهَةِ المَوْلَى فَلَزِمَ المَوْلَى قِيمَتُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: «إِنْ قَتَلْتَ فُلَانًا، أَوْ رميتَهُ، أَوْ شججتَهُ، فَأَنْتَ حُرٌّ» فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، لِأَنَّ وَقْتَ تَكَلُّمِهِ لَا جِنَايَةَ وَلَا عِلْمَ لَهُ بِوُجُودِهِ، وَبَعْدَ الجِنَايَةِ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مُخْتَارًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ، أَو العَتَاقَ بِالشَّرْطِ، ثُمَّ حَلَفَ أَنْ لَا يُطَلِّقَ، أَوْ لَا يُعْتِقَ، وُجِدَ الشَّرْطُ وَثَبَتَ العِتْقُ وَالطَّلَاقُ، لَا يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ تِلْكَ، كَذَا هَذَا.

وَلَنَا: أَنَّهُ عَلَّقَ الإِعْتَاقَ بِالجِنَايَةِ، وَالمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يُنَزَّلُ عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ كَالمُنَجَّزِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ الجِنَايَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ، فَوَاللَّهِ لَا أَقْرَبُك، يَصِيرُ ابْتِدَاءُ الإِيلَاءِ مِن وَقْتِ الدُّخُولِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا: إِذَا مَرِضْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَمَرِضَ حَتَّى طَلُقَتْ وَمَاتَ مِن ذَلِكَ المَرَضِ: يَصِيرُ فَارًّا، لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُطَلِّقًا بَعْدَ وُجُودِ المَرَضِ، بِخِلَافِ مَا أَوْرَدَ، لِأَنَّ غَرَضَهُ طَلَاقٌ أَوْ عِتْقٌ يُمْكِنُهُ الامْتِنَاعُ عَنْهُ، إِذِ اليَمِينُ لِلْمَنْعِ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ مَا لَا يُمْكِنُهُ الامْتِنَاعُ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ حَرَّضَهُ عَلَى مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ بِتَعْلِيقِ أَقْوَى الدَّوَاعِي إِلَيْهِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ، فَهَذَا دَلَالَةُ الاخْتِيَارِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَطَعَ العَبْدُ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، فَدُفِعَ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ، أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ،

قوله: (إن فعل ذلك) أي: إن فعل العبد تلك الأفعال يعتق ويصير المولى مختارًا للفداء عند تحقق الفعل لكن يجب أن يكون القتل قتلًا يوجب الدية كالخطأ وشبه العمد، أما لو كان قتلًا يوجب القصاص بأن قال ضربته بالسيف فلا شيء على المولى؛ لأن القصاص على العبد، وذا لا يختلف بالرق والحرية، فلا يصير المولى بالعتق مفوتًا حق ولي الجناية فلا يلزمه شيء، كذا في المبسوطين[1].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٣٥).

فَأَعْتَقَهُ، ثُمَّ مَاتَ مِن قَطْعِ اليَدِ، فَالعَبْدُ صُلْحٌ بِالجِنَايَةِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتِقْهُ رُدَّ عَلَى المَوْلَى، وَقِيلَ لِلْأَوْلِيَاءِ: أُقْتُلُوهُ، أَو أُعْفُوا عَنْهُ) وَوَجْهُ ذَلِكَ: وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ وَسَرَى، تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ وَقَعَ بَاطِلًا، لِأَنَّ الصُّلْحَ كَانَ عَنِ المَالِ؛ لِأَنَّ أَطْرَافَ العَبْدِ لَا يَجْرِي القِصَاصُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَطْرَافِ الحُرِّ، فَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ المَالَ غَيْرُ وَاجِبٍ، وَإِنَّمَا الوَاجِبُ هُوَ القَوَدُ، فَكَانَ الصُّلْحُ وَاقِعًا بِغَيْرِ بَدَلٍ فَبَطَلَ، وَالبَاطِلُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ، كَمَا إِذَا وَطِئَ المُطَلَّقَةَ الثَّلَاثَ فِي عِدَّتِهَا مَعَ العِلْمِ بِحُرْمَتِهَا عَلَيْهِ، فَوَجَبَ القِصَاصُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَهُ، لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ تَصْحِيحَ الصُّلْحِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ أَقْدَمَ عَلَى تَصَرُّفٍ يَقْصِدُ تَصْحِيحَهُ وَلَا صِحَّةَ لَهُ إِلَّا وَأَنْ يُجْعَلَ صُلْحًا عَنِ الجِنَايَةِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا، وَلِهَذَا لَوْ نَصَّ عَلَيْهِ وَرَضِيَ المَوْلَى بِهِ، يَصِحُّ وَقَدْ رَضِيَ المَوْلَى بِهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِ العَبْدِ عِوَضًا عَنِ القَلِيلِ يَكُونُ أَرْضَى بِكَوْنِهِ عِوَضًا عَنِ الكَثِيرِ، فَإِذَا أُعْتِقَ يَصِحُّ الصُّلْحُ فِي ضِمْنِ الإِعْتَاقِ ابْتِدَاءً، وَإِذَا لَمْ يُعْتِقْ، لَمْ يُوجَد الصُّلْحُ ابْتِدَاءً، وَالصُّلْحُ الأَوَّلُ وَقَعَ بَاطِلًا، فَيُرَدُّ العَبْدُ إِلَى المَوْلَى، وَالأَوْلِيَاءُ عَلَى خِيَرَتِهِمْ فِي العَفْوِ وَالقَتْلِ.

قوله: (فالعبد صلح بالجناية) وينبغي ألا يكون الصلح عن القطع صلحًا عن السراية والجناية.

عند أبي حنيفة: كما لا يكون العفو عن القطع عفوًا عن السراية، لكن بالسراية تبين أن الصلح عن القطع وقع باطلًا، لأن حقه في النفس دون اليد، فيبطل الدفع بناء على القطع، ولكن يثبت عند الإعتاق صلح جديد بينهما.

أما في جانب المولى فلا شك أنه رضي بدفع العبد بجنايته، وكذا في جانب المجني عليه؛ لأنه لما أقدم على إعتاق المدفوع مع علمه أن العتق مما لا ينفسخ، ولو سرى يبطل الدفع ويجب عليه الرد، ويعجز عن الرد بسبب العتق كان راضيًا بكونه بدلًا عن القطع، وما يحدث منه دلالة، كذا ذكره المحبوبي.

وهذا معنى قوله: (لأن [٢/٥٠٣/أ] إقدامه على الإعتاق) إلى آخره.

قوله: (عوضًا عن القليل) وهو اليد، يكون أرضى بكون العبد عوضًا عن الكثير، وهو السراية إلى النفس.

وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: رَجُلٌ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، فَصَالَحَ القَاطِعُ المَقْطُوعَةَ يَدَهُ عَلَى عَبْدٍ، وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَهُ المَقْطُوعَةُ يَدُهُ، ثُمَّ مَاتَ مِن ذَلِكَ: فَالعَبْدُ صُلْحٌ بِالجِنَايَةِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِن الرِّوَايَةِ. وَهَذَا الوَضْعُ يَرِدُ إِشْكَالًا فِيمَا إِذَا عَفَا عَن اليَدِ، ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ، حَيْثُ لَا يَجِبُ القِصَاصُ هُنَالِكَ، وَهَاهُنَا قَالَ: يَجِبُ. قِيلَ: مَا ذُكِرَ هَاهُنَا جَوَابُ القِيَاسِ، فَيَكُونُ الوَضْعَانِ جَمِيعًا عَلَى القِيَاسِ وَالاِسْتِحْسَانِ. وَقِيلَ: بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَوَجْهُهُ: أَنَّ العَفْوَ عَن اليَدِ صَحَّ ظَاهِرًا، لِأَنَّ الحَقَّ كَانَ لَهُ فِي اليَدِ مِن حَيْثُ الظَّاهِرُ، فَيَصِحُّ العَفْوُ ظَاهِرًا، فَبَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ بَطَلَ حُكْمًا يَبْقَى مَوْجُودًا حَقِيقَةً، فَكَفَى ذَلِكَ لِمَنْعِ وُجُوبِ القِصَاصِ.

أَمَّا هَاهُنَا: الصُّلْحُ لَا يُبْطِلُ الجِنَايَةَ بَلْ يُقَرِّرُهَا، حَيْثُ صَالَحَ عَنْهَا عَلَى مَالٍ، فَإِذَا لَمْ يُبْطِل الجِنَايَةَ، لَمْ تَمْتَنِعْ العُقُوبَةُ، هَذَا إِذَا لَمْ يُعْتِقْهُ، أَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِن قَبْلُ.

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ جِنَايَةً، وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَأَعْتَقَهُ المَوْلَى

(وفي بعض النسخ) أي: نسخ الجامع الصغير، وبه صرح فخر الإسلام في جامعه، وصاحب الكافي به.

قوله: (إلى آخر ما ذكرنا من الرواية) يعني وإن لم يعتقه رده إلى مولاه، ثم يقال: إلى أولياء الجناية إلى آخره.

(وهذا الوضع) أي: الوضع الثاني (يرد إشكالًا) وإنما خص هذا الوضع بورود الإشكال؛ لأن دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح، والصلح متضمن للعفو؛ لأنه ينبئ عن الحطيطة، فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول؛ لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلا يكون فيه حط شيء فلا يَرِدُ إشكالًا.

قوله: (لا يجب القصاص هنالك) لأنه قال: هنالك، وهو عفو عن النفس، وهاهنا قال: يجب؛ لأنه قال: قيل للأولياء: اقتلوه أو اعفوا عنه.

قوله: (والتخريج ما ذكرناه).

وَلَمْ يَعْلَمْ بِالجِنَايَةِ فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ، قِيمَةٌ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ، وَقِيمَةٌ لِأَوْلِيَاءِ الجِنَايَةِ) لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّيْنِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ بِكُلِّ القِيمَةِ عَلَى الِانْفِرَادِ، الدَّفْعُ لِلْأَوْلِيَاءِ، وَالبَيْعُ لِلْغُرَمَاءِ، فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ. وَيُمْكِنُ الجَمْعُ بَيْنَ الحَقَّيْنِ إِيفَاءً مِن الرَّقَبَةِ

وهو قوله: (لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح).

قوله: (ولم يعلم بالجناية) قيد بعدم العلم ليبني عليه قوله: (فعليه قيمتان) إذ الإعتاق مع العلم بالجناية يوجب الدية عليه إذا كانت الجناية في النفس لولي الجناية، وقيمة العبد لصاحب الدين؛ لأن الإعتاق بعد العلم بها يوجب الأرش على ما مر في المبسوط.

قتل خطأ وفقأ عين آخر والمولى أعتقه بعد العلم بهما فعليه خمسة عشر ألفًا في ماله؛ لأنه فوّت محل الدفع بالإعتاق فصار مختارًا للفداء، وبه قال مالك، والشافعي في قول، وأحمد في رواية.

قوله: (ويمكن الجمع بين الحقين) إلى آخره، في الأصل في هذا أن العبد إذا قتل خطأ وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء، فإن اختار الدفع بيع لأجل الغرماء في الدين، وما فضل شيء من الدين فلولي الجناية، وإنما بدأ بالدفع أولًا؛ لأنا إذا دفعنا أولًا كان جمعًا بين الحقين، فإن حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع، ثم يباع بعده لأرباب الديون، ولو بدأنا[1] بالدين تعذر الدفع بالجناية؛ لأنه يجدد الملك للمشتري، ولم يوجد في يده جناية.

فإن قيل: ما فائدة الدفع إذا بيع في الدين بعده؟

قلنا: أن يثبت له حق الاستخلاص بالفداء، فإن للناس أغراضًا في الأعيان، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية؛ لأن موجب الجناية صيرورته جزاء للجناية، فإذا كان مشغولًا وجب دفعه مشغولًا، لأن الواجب على المولى الدفع بهذه الصفة فيباع بعد ذلك في الدين، فإن فضل شيء فلولي الجناية، وإن لم يفِ بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى، ولو دفعه المولى إلى ولي الجناية لم يضمن لصاحب الدين استحسانًا.

---

(١) في الأصل: (بدلنا) والمثبت من الثانية.

الوَاحِدَةِ بِأَنْ يُدْفَعَ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ، ثُمَّ يُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ فَيَضْمَنُهَا بِالإِتْلَافِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ، حَيْثُ تَجِبُ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ لِلْمَوْلَى وَيَدْفَعُهَا المَوْلَى إِلَى الغُرَمَاءِ، لِأَنَّ الأَجْنَبِيَّ إِنَّمَا يَضْمَنُ لِلْمَوْلَى بِحُكْمِ المِلْكِ فَلَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَتِهِ الحَقُّ، لِأَنَّهُ دُونَهُ، وَهَاهُنَا يَجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِإِتْلَافِ الحَقِّ فَلَا تَرْجِيحَ فَيَظْهَرَانِ فَيَضْمَنُهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الأَمَةُ المَأْذُونُ لَهَا أَكْثَرَ مِن قِيمَتِهَا، ثُمَّ وَلَدَتْ، فَإِنَّهُ يُبَاعُ

والقياس أن يضمن قيمته لأن الدفع وإن كان واجبًا لكن الملك لولي الجناية لم يكن ثابتًا قبل الدفع، وإنما يثبت بالدفع، فصار كما لو باعه منه.

وجه الاستحسان: أن هذا حكم مستحق عليه، ألا ترى أن القاضي يجبره على ذلك، فإذا فعل ما هو مستحق عليه لم يضمن شيئًا، ولو دفعه إلى صاحب الدين كان مختارًا للفداء، ولزمه الأرش إن كان عالمًا، والقيمة إن لم يكن عالمًا؛ لأن ما فعل غير مستحق عليه، بل المستحق عليه الدفع إلى ولي الجناية، ثم يباع في الدين على ملكهم، فكان دفعه بالدين تفويتًا للدفع إلى ولي الجناية، فيضمن.

ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عنده ثم حضر ولي الجناية ولا فضل في الثمن فقد سقط حق ولي الجناية؛ لأن القاضي لا يلزمه العهدة فيما يصنع، ولو فسخ البيع ودفع بالجناية لاحتجنا إلى البيع ثانيًا، فلا يصح بخلاف المولى إذا باع؛ لأنه يجوز أن يجب الضمان عليه بفعله، كذا في الإيضاح.

قوله: (بخلاف ما إذا أتلفه أجنبيٌّ) أي: أتلف العبدَ المأذونَ أجنبيٌّ[1] لا يضمن للغرماء، وإنما يضمن للمولى، ثم المولى يدفع تلك القيمة إلى الغرماء.

قوله: (لأنه) أي: حق الدفع **(دونه)** أي: دون الملك **(فيضمنها)** أي: يضمن المولى بالإعتاق لصاحب الدين وولي الجناية؛ لأنه أتلف حقهما بالإعتاق.

قوله: (ثم ولدت) أي: من زوجها، وإنما وضع المسألة هكذا لأنها إذا

---

(١) في الأصل: (أي حتى) مكان (أجنبي) وأثبتناها من الثانية.

الوَلَدُ مَعَهَا فِي الدَّيْنِ، وَإِنْ جَنَتْ جِنَايَةً لَمْ يُدْفَعْ الوَلَدُ مَعَهَا) وَالفَرْقُ: أَنَّ الدَّيْنَ وَصْفٌ حُكْمِيٌّ فِيهَا، وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا، مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا اسْتِيفَاءً، فَيَسْرِي إِلَى الوَلَدِ

ولدت ثم لحقها الدين بعد ذلك لم يتعلق حق الغرماء بالولد.

وأما الأموال [٢/٥٠٣/ب] التي حصلت لها بطريق الهبة أو الصدقة أو التجارة فهي أحق بها من مولاها في أداء ديتها، سواء اكتسبت قبل لحوق الدين أو بعده؛ لأن يدها في الكسب معتبرة حتى لو باعها إنسان كانت خصمًا له.

بخلاف ما إذا أخذ المولى منها قبل أن يلحقها دين لعدم بقاء يدها عليه، وبخلاف ما إذا ولدت قبل لحوق الدين؛ لأن الولد ليس من كسبها، بل جزء متولد من عينها، فلا يكون من كسبها كنفسها، إلا أن نفسها تباع في الدين؛ لالتزام المولى ذلك بالإذن، والإذن لا يوجد في حق الولد، ولو تعلق به [حق](١) الغرماء إنما يكون بطريق السراية، ولا سراية بعد الانفصال؛ لأن الولد بعد الانفصال نفس على حدة.

وهذا بخلاف ما لو ولدتها بعد لحوق الدين، فإن حق الغرماء تعلق بها في حال ما كان الولد جزءًا منها، فيسري إلى الولد بحكم الاتصال، فينفصل عنها على تلك الصفة.

وهذا بخلاف الدفع بالجناية، فإن الجانية(٢) إذا ولدت لا حق لولي الجناية في ولدها؛ لأن حقه في بدل المتلف، وهو أرش الجناية أو في نفسها جزاء على الجناية، ولكن ذلك ليس بحق متأكد يمكن للمولى أن يتصرف فيه بالبيع وغيره كيف شاء، فلهذا لا يسري إلى الولد، وهاهنا حق الغرماء متأكد في ذمته، وتعلق بماليتها بصفة التأكد، بدليل أنه لا ينفذ تصرف المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل إلى الغريم حقه، فيسري هذا الحق المتأكد إلى الولد، كذا في المبسوط(٣).

(١) مثبتة من الثانية.
(٢) في الأصل: (الجناية) ولعل المثبت هو الصواب.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٥/ ٥٥).

كَوَلَدِ المَرْهُونَةِ، بِخِلَافِ الجِنَايَةِ، لِأَنَّ وُجُوبَ الدَّفْعِ فِي ذِمَّةِ المَوْلَى لَا فِي ذِمَّتِهَا، وَإِنَّمَا يُلَاقِيهَا أَثَرُ الفِعْلِ الحَقِيقِيِّ، وَهُوَ الدَّفْعُ وَالسِّرَايَةُ فِي الأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ دُونَ الأَوْصَافِ الحَقِيقِيَّةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ لِرَجُلٍ زَعَمَ رَجُلٌ آخَرُ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ، فَقَتَلَ العَبْدُ وَلِيًّا

وفي مبسوط شيخ الإسلام: الدين مستقر فيها حتى صار المولى ممنوعًا عن بيعها وهبتها، فكان لحق الكتابة والتدبير، فيسري إلى الولد كالأضحية إذا ولدت سرى إلى ولدها حتى صار صاحبها ممنوعًا من الانتفاع بها وحلبها وجز صوفها.

بخلاف القصاص فإنه لا يسري إلى الولد؛ لأن المستحق بالقصاص الروح لا الرقبة، والولد متولد من الرقبة لا من الروح.

أما الدين يتعلق برقبتها، ولو كان الدين متعلقًا برقبتها لما ضمن المولى قيمتها بالإعتاق لرب الدين، كما لو أتلف إنسان مديون غيره لا يضمن لرب الدين دينه، بل يضمن لولي القتل ديته في الخطأ؛ لأنا نقول باعتبار تفويت ما تعلق به حق الغريم تبعًا، واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى، ولهذا يتبع الغريم العبد بما بقي من دينه بعد العتق، ولو كان الدين على المولى لطالبوا المولى بجميع الدين.

بخلاف ما إذا قتل مديون غيره حيث لا يضمن لرب الدين دينه للزوم الأقوى بمقابلة الأضعف؛ لأن القاتل لو ضمن دينه يؤديه من عين ماله، ويتملك وصفا في الذمة، والعين أقوى من الوصف، والمماثلة مرعية في ضمان العدوان، فلا يجب الأقوى بمقابلة الأضعف، وإنما وجوب الدين صيانة للدم عن الهدر، فمعنى التملك غير منظور إليه.

قوله: (والسراية في الأوصاف الحكمية)(١) أي: سراية الحكم من الأم إلى الولد في الوصف الشرعي لا الحقيقي، فوجوب الدفع أثر الفعل الحقيقي، فلذلك لم يسر إلى الولد، ولهذا لو كانت الأمة سوداء لا يلزم أن يكون ولدها أسود.

---

(١) تقدم في المتن (الشرعية).

لِذَلِكَ الرَّجُلِ الزَّاعِمِ خَطَأً، فَلَا شَيْءَ لَهُ) لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ فَقَد ادَّعَى الدِّيَةَ عَلَى العَاقِلَةِ وَأَبْرَأَ العَبْدَ وَالمَوْلَى، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ عَلَى العَاقِلَةِ مِن غَيْرِ حُجَّةٍ.

فإن قيل: وجوب الدفع يسري إلى أرش الجناية حتى لو جنى عليها، وأخذ المولى الأرش، يدفع المولى ذلك الأرش عنها إلى ولي جنايتها، فلو كان عدم السراية إلى الولد باعتبار [أن][1] الدفع فعل حقيقي لا يسري لكان ينبغي أن لا يسري إلى الأرش أيضًا بالطريق الأولى؛ لما أن الولد جزؤها لا الأرش، فلما لم يسر إلى جزئها باعتبار أنه أثر فعل حقيقي، كيف يسري إلى ما هو ليس بجزء؟

قلنا: الأرش عوض عن الجزء الفائت فيها، فيثبت حق ولي الجناية في عوض جزء منها، فيستحقه كما يستحق الكل؛ إذ الجزء معتبر بالكل، أما الولد ليس بعوض منها، ولا من جزئها، فلا يستحقه ولي الجناية، إليه أشار في المبسوط[2].

قوله: (وأبرأ العبد) أي: عن كل الدية لا عن قسطه في الدية، وإبراء المولى أيضًا؛ لأن زعمه لا يقبل على العاقلة.

وحاصله: أن المجني عليه لما زعم أن الجاني حر كان زاعمًا أن موجب جنايته على العاقلة، وأن رقبته غير مستحقة له، وزعمه معتبر؛ فلم يكن له سبيل على أخذ العبد، وكذا لا شيء على المولى أيضًا؛ لأنه لم يَدَّعِ على المولى إعتاقًا بعد الجناية حتى يصير المولى مختارًا للفداء أو مستهلكًا حقَ المجني عليه بالإعتاق، ولا شيء على العاقلة أيضًا بغير حجة، وهو ظاهر.

[٢/ ٥٠٤/أ] ووضع المسألة في المبسوط فيما جنى العبد خطأ ثم أقر المجني عليه أنه حر قبل الدفع إليه، وجعل في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية، وهما لا يتفاوتان، أما لو أقر المجني عليه بحريته بعد الدفع يعتق؛ لأنه ملكه بالدفع، وقد أقر بحريته فيعتق بإقراره، إليه أشار في المبسوط[3].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٣٧).
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٣٧).

قَالَ: (وَإِذَا أُعْتِقَ العَبْدُ، فَقَالَ لِرَجُلٍ: قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَأً وَأَنَا عَبْدٌ، وَقَالَ الآخَرُ: قَتَلْتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ، فَالقَوْلُ قَوْلُ العَبْدِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِلضَّمَانِ، لَمَّا أَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ، إذِ الكَلَامُ فِيمَا إذَا عُرِفَ رِقُّهُ، وَالوُجُوبُ فِي جِنَايَةِ العَبْدِ عَلَى المَوْلَى دَفْعًا أَوْ فِدَاءً، وَصَارَ كَمَا إذَا قَالَ البَالِغُ العَاقِلُ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أَوْ بِعْتُ دَارِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أَوْ قَالَ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا مَجْنُونٌ، أَوْ بِعْتُ دَارِي وَأَنَا مَجْنُونٌ، وَقَدْ كَانَ جُنُونُهُ مَعْرُوفًا، كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً، ثُمَّ قَالَ لَهَا: قَطَعْتُ يَدَكِ وَأَنْتِ أَمَتِي، وَقَالَتْ: قَطَعْتَهَا وَأَنَا حُرَّةٌ، فَالقَوْلُ قَوْلُهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أَخَذَهُ مِنْهَا، إِلَّا الجِمَاعَ وَالغَلَّةَ

قوله: (فالقول قول العبد) أي: مع يمينه بالإجماع.

وعند الشافعي، وأحمد: فيه وجهان:

أحدهما: وهو نص الشافعي أن القول للولي مع يمينه.

والثاني: القول للجاني، وكذا لو قال لسيده بعد عتقه أخذت مالك أو قطعت يدك وأنا عبدك، فقال السيد: لا، بل فعلت بعد العتق، فالقول للعبد مع يمينه بالإجماع.

قوله: (أسنده إلى حالة معهودة) أي: معلومة منافية للضمان، وهذا لأن الوجوب في جناية العبد على المولى دفعًا أو فداء، ولا يتصور وجوب الضمان على العبد في قتل الخطأ في حال رِقِّيَّتِهِ.

وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله: (لأنه منكر للضمان) ولا يقال قد ادعى العبد تاريخًا سابقًا في إقراره وهو عارض، فالقول ينبغي أن يكون لمنكر سبق التاريخ؛ لأنا نقول: المصير إلى هذا الترجيح بعد ثبوت السبب ملزمًا، وهاهنا إضافة إلى حالة غير ملزمة، فلم يكن هو مدعيًا للتاريخ بالإضافة إليه، بل منكرًا لأصل المال عليه، كمن يقول لعبده: أعتقتك قبل أن أخلق، أو قبل أن يخلق، كذا في المبسوط[1].

قوله: (إلا الجماع) بأن قال: جامعتك وأنت أمتي، أو أخذت منك غلة

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٨/ ٦٨).

اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُف، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ إِلَّا شَيْئًا قَائِمًا بِعَيْنِهِ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا)(*) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ وُجُوبَ الضَّمَانِ لِإِسْنَادِهِ الفِعْلَ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لَهُ كَمَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى وَكَمَا فِي الوَطْءِ وَالغَلَّةِ. وَفِي الشَّيْءِ القَائِمِ أَقَرَّ بِيَدِهَا، حَيْثُ اعْتَرَفَ بِالأَخْذِ مِنْهَا ثُمَّ ادَّعَى التَّمَلُّكَ عَلَيْهَا وَهِيَ مُنْكِرَةٌ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ، فَلِهَذَا يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إِلَيْهَا، وَلَهُمَا: أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، ثُمَّ ادَّعَى مَا يُبَرِّئُهُ، فَلَا يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ، كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ: فَقَأْت عَيْنَكَ اليُمْنَى، وَعَيْنِي اليُمْنَى صَحِيحَةٌ ثُمَّ فُقِئَتْ وَقَالَ المُقِرُّ لَهُ: لَا بَلْ فَقَأْتَهَا وَعَيْنُك اليُمْنَى مَفْقُوءَةٌ، فَإِنَّ القَوْلَ

عملك وأنتِ أمتي، فقالت: بل كان ذلك بعد العتق، فإن القول للمولى.

وقال محمد: لا يضمن المولى إلا شيئًا بعينه، يعني لو أقر بأخذ شيء بعينه، والمأخوذ قائم في يده، واختلفا فيه على هذا الوجه أجمعوا فيه أن يرده عليها.

وقوله: **(في الشيء القائم أقر بيدها)** أي: بيد المأخوذ منه، جواب عن المسألة المجمع عليها.

قوله: **(التملك عليها)** أي: على المأخوذ منه منكر.

قوله: (وعيني اليمنى صحيحة) يريد به براءته عن ضمان العين قصاصًا وأرشًا، والمقر له بقوله: **(لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة)** يدعي وجوب نصف الدية عليه؛ لما أن عضو التالف إن كان صحيحًا ثم سقط يسقط القصاص، ولم ينتقل حق المتلف إلى الأرش؛ لأن حقه ثبت ابتداء في القصاص من غير تخيير عندنا، خلافا للأئمة الثلاثة كما مر.

لكن ذكر في الإيضاح، والذخيرة: لا قصاص في العين إذا قُوِّرت عمدًا إذا انخسفت، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة، وذهب ضوؤها.

وفي المنتقى: لا قصاص في قلع الحدقة، إنما القصاص إذا ضربها وذهب ضوؤها.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

قَوْلُ الْمُقَرِّ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ، لِأَنَّهُ يَضْمَنُ يَدَهَا لَوْ قَطَعَهَا وَهِيَ مَدْيُونَةٌ، وَكَذَا يَضْمَنُ مَالَ الحَرْبِيِّ إِذَا أَخَذَهُ وَهُوَ مُسْتَأْمَنٌ، بِخِلَافِ الوَطْءِ وَالغَلَّةِ، لِأَنَّ وَطْءَ المَوْلَى أَمَتَهُ المَدْيُونَةَ لَا يُوجِبُ العُقْرَ، وَكَذَا أَخْذُهُ مِن غَلَّتِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مَدْيُونَةً لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَيْهِ فَحَصَلَ الإِسْنَادُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَمَرَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا حُرًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ، فَقَتَلَهُ، فَعَلَى عَاقِلَةِ

ولكن ذكر في الذخيرة بعد ذكر هذه الروايات محيلًا إلى الأجناس أنه لو ضرب عين إنسان بإصبع ضربة خفيفة فذهبت، وقد تعمد ذلك ففيه القصاص، فيحمل ما ذكر في الكتاب على تلك الرواية.

قوله: (**لأنه ما أسنده**) أي: المقر ما أسند سبب الضمان، وهو الأخذ أو القطع إلى حالة منافية للضمان، أو قطع يد عبده، وأخذ ماله سبب على الضمان على المولى في الجملة بأن قطع يده في حالة الرهن، أو أخذ ماله حال كونه مديونًا، فصار مدعيًا براءة نفسه عن الضمان بعد إقراره بسبب الضمان، فلا يصدق إلا بحجة كما في مسألة فقوء العين.

قوله: (**لا يوجب العقر**) وكذا وطؤه الأمة المرهونة لا يوجب العقر، لأن حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها، لأنها ليست بمال، وكذا أخذ غلتها لا يوجب الضمان عليه إذا كان مديونًا؛ لأنها بمقابلة منافعها، وحق الغرماء لا يتعلق بمنافعها؛ لأنها ليست بمال، فكان منكرًا لا مقرًّا كالوكيل المعزول، إذا قال: بعته قبل العزل وسلمته، وقال الموكل: لا بل بعته وسلمته بعد العزل، فالقول للوكيل؛ لأنه منكر.

قوله: (**وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا**) أي: إذا أمر العبد الكبير صغيرًا حرًّا بقتل رجل سواء كان العبد مأذونًا أو مكاتبًا أو محجورًا، فقيد بأن يكون الصبي حرًّا؛ لأنه لو كان الصبي المأمور عبدًا فمولاه مخير بين الدفع والفداء، يرجع مولاه على المحجور الآمر بعد العتق بقيمة عبده.

وفي الكافي: رجل أمر صبيًّا حرًّا بقتل رجل فقتله، فديته على عاقلة الصبي في ثلاث سنين؛ لوجود المباشرة منه، وعمده وخطؤه سواء، ثم عاقلة الصبي يرجعون على عاقلة الآمر بما عقلوه؛ لوجود التسبيب من الآمر بوصف التغلب؛

الصَّبِيِّ الدِّيَةُ) لِأَنَّهُ هُوَ الْقَاتِلُ حَقِيقَةً، وَعَمْدُهُ وَخَطَؤُهُ سَوَاءٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِن قَبْلُ **(وَلَا شَيْءَ عَلَى الآمِرِ)** وَكَذَا إِذَا كَانَ الآمِرُ صَبِيًّا، لِأَنَّهُمَا لَا يُؤَاخَذَانِ بِأَقْوَالِهِمَا؛ لِأَنَّ الْمُؤَاخَذَةَ فِيهَا بِاعْتِبَارِ الشَّرْعِ وَمَا اعْتُبِرَ قَوْلُهُمَا، وَلَا رُجُوعَ لِعَاقِلَةِ الصَّبِيِّ عَلَى الصَّبِيِّ الآمِرِ أَبَدًا، وَيَرْجِعُونَ عَلَى الْعَبْدِ الآمِرِ بَعْدَ الإِعْتَاقِ، لِأَنَّ عَدَمَ الِاعْتِبَارِ لِحَقِّ

إذ لولا أمره [٢/ ٥٠٤/ب] لما تجاسر الصبي على القتل؛ لضعف قلبه.

وكذا لو كان الآمر عبدًا محجورًا أو صبيًّا أو مكاتبًا وهو صغير أو كبير، إلا أنه لا رجوع على الصبي الآمر أبدًا لقصور الأهلية، فلم يؤاخذ بضمان الأقوال، ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق؛ لكمال أهليته، وعلى المكاتب بأقل من قيمته ومن الدية؛ لأن هذا حكم جناية المكاتب، كما لو كان المأمور هنا عبدًا محجورًا، أو كانا محجورين خوطب سيد القاتل بالدفع أو الفداء، ويرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد؛ لأنه مختار في دفع الزيادة لا مضطر، وإنما يرجع بعد العتق؛ لأن الأمر قول، وقول المحجور غير معتبر، فلا يؤاخذ في الحال بل يؤاخذ بعد العتق.

قوله: **(ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق)** وفي النهاية: في هذه الرواية نوع ضعف؛ لأنه ذكر في جامعي المحبوبي والتمرتاشي: ولا رجوع لهم على العبد لا في الحال ولا بعد العتق، وإن كان العبد مأذونًا في التجارة؛ لأن هذا الضمان ليس بضمان الغصب؛ لأن الحر لا يغصب، وإنما هذا ضمان جناية، وجناية العبد لا تلزمه بعد العتق.

ألا ترى أنه لو باشر الجناية ثم أعتقه المولى لا يطالب العبد بحكم تلك الجناية كذا هاهنا، بل بالطريق الأولى؛ لأنه لما لم يؤاخذ العبد بعد العتق بموجب جناية باشرها في الرق وجب أن لا يؤاخذ بموجب جناية أقر بها بعد العتق بالطريق الأولى، وهو أن أمره بالقتل كالإقرار بالجناية؛ لأن كلا منهما قول، ولو أقر بالجناية لا يلزمه شيء أصلًا لا في الحال ولا بعد العتق، سواء كان محجورًا أو مأذونًا، لأن الإذن بالتجارة إذن يختص بالتجارة، والإقرار بالتجارة ليس من توابع التجارة، فكان إقرار المأذون والمحجور سواء.

المَوْلَى وَقَدْ زَالَ لَا لِنُقْصَانِ أَهْلِيَّةِ العَبْدِ، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ، لِأَنَّهُ قَاصِرُ الأَهْلِيَّةِ. قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَرَ عَبْدًا) مَعْنَاهُ: أَنْ يَكُونَ الآمِرُ عَبْدًا وَالمَأْمُورُ عَبْدًا، مَحْجُورًا عَلَيْهِمَا (يُخَاطَبُ مَوْلَى القَاتِلِ بِالدَّفْعِ أَو الفِدَاءِ) وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الأَوَّلِ فِي الحَالِ، وَيَجِبُ أَنْ يَرْجِعَ بَعْدَ العِتْقِ بِأَقَلَّ مِن الفِدَاءِ وَقِيمَةِ العَبْدِ، لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي دَفْعِ الزِّيَادَةِ،

وهكذا ذكر في المغني مُحالًا إلى الزيادات فعلم أن فيما ذكر في الكتاب نوع ضعف لمخالفته هذه الروايات.

قوله: (**والمأمور عبدًا محجورًا عليهما**) في النهاية: الحكم المذكور لا يقتضي أن يكون كلاهما محجورًا، بل يكفي كون الآمر محجورًا، فإن المحجور لو أمر المأذون فالحكم كذلك.

أما لو كان الآمر مأذونًا، والمأمور محجورًا أو مأذونًا يرجع مولى المأمور بعد الدفع أو الفداء على الأمر في الحال بقيمة عبده؛ لأنه بأمره صار غاصبًا للمأمور، فصار كإقراره بالغصب، والمأذون يؤاخذ بالإقرار بالغصب في الحال لا المحجور، على ما ذكره في جامع المحبوبي، والتمرتاشي.

فإن قيل: الأمر ليس بغصب لأن الغصب يتحقق بالنقل والتحويل، ولا يوجد ذلك في الأمر.

قلنا: أقيم الأمر مقام النقل، كما لو أمر عبدًا ليحمل له حملًا فحمله وهلك فيه يضمن الآمر وإن لم يوجد منه النقل والتحويل، وأقيم الأمر مقام النقل فكذا هاهنا، كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (**على ما بينا من قبل**)[1] أي: في فصل الجنين.

قوله: (**لأنه غير مضطر في دفع الزيادة**) لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء، وقيمة العبد؛ لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما.

قوله: (**ولا تضايق في الفداء**) لأنه يجب في الذمة، والذمة صالحة أن تثبت فيها أموال كثيرة.

وعن الإمام حسام الدين [الشياروي][2] وإنما لم ينتقل نصيب العافي إلى

---

(١) انظر المتن ص ٦٤٣.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، ولم نهتدِ لقراءتها.

وَهذَا إِذَا كَانَ القَتْلُ خَطَأً، وَكَذَا إِذَا كَانَ عَمْدًا وَالعَبْدُ القَاتِلُ صَغِيرًا، لِأَنَّ عَمْدَهُ خَطَأٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ كَبِيرًا يَجِبُ القِصَاصُ لِجَرَيَانِهِ بَيْنَ الحُرِّ وَالعَبْدِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ رَجُلَيْنِ عَمْدًا، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلِيَّانِ، فَعَفَا أَحَدُ وَلِيَّيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَإِنَّ المَوْلَى يَدْفَعُ نِصْفَهُ إِلَى الآخَرَيْنِ، أَوْ يَفْدِيهِ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ لَمَّا عَفَا أَحَدُ وَلِيَّيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَقَطَ القِصَاصُ وَانْقَلَبَ مَالًا، فَصَارَ كَمَا لَوْ وَجَبَ المَالُ مِن الِابْتِدَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الرَّقَبَةِ أَوْ فِي عِشْرِينَ أَلْفًا، وَقَدْ سَقَطَ نَصِيبُ العَافِيَيْنِ - وَهُوَ النِّصْفُ - وَبَقِيَ النِّصْفُ (فَإِنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدَهُمَا عَمْدًا وَالآخَرَ خَطَأً، فَعَفَا أَحَدُ وَلِيَّي العَمْدِ، فَإِنْ فَدَاهُ المَوْلَى فَدَاهُ بِخَمْسَةَ عَشَرَ أَلْفًا، خَمْسَةُ آلَافٍ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ مِن وَلِيِّي العَمْدِ، وَعَشَرَةُ آلَافٍ لِوَلِيَّي الخَطَإِ) لِأَنَّهُ لَمَّا انْقَلَبَ العَمْدُ مَالًا كَانَ حَقُّ وَلِيَّي الخَطَإِ فِي كُلِّ الدِّيَةِ عَشَرَةَ آلَافٍ، وَحَقُّ أَحَدِ وَلِيَّي العَمْدِ فِي نِصْفِهَا خَمْسَةَ آلَافٍ، وَلَا تَضَايُقَ فِي الفِدَاءِ، فَيَجِبُ خَمْسَةَ عَشَرَ أَلْفًا (وَإِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ أَثْلَاثًا: ثُلُثَاهُ لِوَلِيَّي الخَطَإِ، وَثُلُثُهُ لِغَيْرِ العَافِي مِن وَلِيَّي العَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: يَدْفَعُهُ أَرْبَاعًا: ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ لِوَلِيَّي الخَطَإِ، وَرُبْعَهُ لِوَلِيِّ العَمْدِ)

المولى كما في المسألة الأولى لاختلاف جهتي الجنايتين هنا واتحادهما في الأولى، ومنه منشأ التفاوت في الحكم، وهو الانتقال وعدمه، ويعرف بالتأمل.

قوله: (وقالا: يدفعه أرباعًا) إلى آخره، أصل هذا مما اتفقوا عليه هو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة كانت القسمة بطريق العول والمضاربة؛ لأنه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على الكمال، فيضرب بجميع حقه.

أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسألة بيع الفضولي، وهو أن الفضولي لو باع عبد غيره بغير أمره، وباعه فضولي آخر لصفة فأجاز المالك البيعتين كان العبد بين المشتريين أرباعًا، فكانت القسمة بطريق المنازعة؛ لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المنازعة؛ لأن العين الواحد يضيق عن الحقين على وجه الكمال، فكانت القسمة بطريق المنازعة.

فَالقِسْمَةُ عِنْدَهُمَا بِطَرِيقِ المُنَازَعَةِ، فَيُسَلَّمُ النِّصْفَ لِوَلِيِّي الخَطَإِ بِلَا مُنَازَعَةٍ، وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَةُ الفَرِيقَيْنِ فِي النِّصْفِ الآخَرِ فَيَتَنَصَّفُ، فَلِهَذَا يُقَسَّمُ أَرْبَاعًا. وَعِنْدَهُ: يُقَسَّمُ بِطَرِيقِ العَوْلِ وَالمُضَارَبَةِ أَثْلَاثًا، لِأَنَّ الحَقَّ تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ، أَصْلُهُ: التَّرِكَةُ المُسْتَغْرَقَةُ بِالدُّيُونِ: فَيَضْرِبُ هَذَا بِالكُلِّ وَذَلِكَ بِالنِّصْفِ، وَلِهَذِهِ المَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ ذَكَرْنَاهَا فِي «الزِّيَادَاتِ».

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَقَتَلَ مَوْلًى لَهُمَا) أَيْ قَرِيبًا لَهُمَا (فَعَفَا

ولما ثبت هذا الأصل فقالا في مسألتنا القسمة بطريق المنازعة؛ لأن حق ولي العمد في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ العبد، فتعلق حق ولي الخطأ [٢/٥٠٥/أ] بهذا النصف بلا منازعة، وبقي النصف الآخر، واستوت منازعة الثالث وولي الخطأ في هذا النصف، فصار النصف بينهما بطريق المنازعة اتباعًا كما في مسألة الفضوليين.

ولأبي حنيفة: أن أصل حقهما ما في عين العبد في الأرش الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف، وحق غير العافي في خمسة آلاف، فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف لرجل، وألفان لآخر، ومات المديون وترك ألفًا كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثًا بطريق العول والمضاربة، فكذا هاهنا بخلاف بيع الفضولي؛ لأن الملك يثبت للمشتري ابتداء في العين، إليه أشار في جامعي قاضي خان، والمحبوبي.

قوله: (ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات) في كتاب الدعوى في باب ما يدعيه الرجلان.

قوله: (قتل مولى لهما) أي: قريبًا لهما كأخيهما أو عمهما، ويجوز أن يراد بالموالي الأقارب قال تعالى: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِى﴾ [مريم:٥] أي: الأقارب، ويحتمل أن يراد: عبدًا لهما أعتقاه فعفا أحد الموليين بطل حق الآخر في النفس والمال جميعًا عنده.

وعندهما: يقال للعافي: ادفع نصيبك إلى شريكك أو افده بدفع الدية.

أَحَدُهُمَا، بَطَلَ الجَمِيعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَدْفَعُ الَّذِي عَفَا نِصْفَ نَصِيبِهِ إِلَى الآخَرِ، أَوْ يَفْدِيهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ)(*) وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: قَتَلَ وَلِيًّا لَهُمَا، وَالمُرَادُ القَرِيبُ أَيْضًا، وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ: عَبْدٌ قَتَلَ مَوْلَاهُ، وَلَهُ ابْنَانِ فَعَفَا أَحَدُ الِابْنَيْنِ، بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الجَوَابُ فِيهِ كَالجَوَابِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ، وَلَمْ يَذْكُر اخْتِلَافَ الرِّوَايَةِ.

لِأَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّ حَقَّ القِصَاصِ ثَبَتَ فِي العَبْدِ عَلَى سَبِيلِ الشُّيُوعِ، لِأَنَّ مِلْكَ المَوْلَى لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ القِصَاصِ لَهُ، فَإِذَا عَفَا أَحَدُهُمَا انْقَلَبَ نَصِيبُ الآخَرِ وَهُوَ النِّصْفُ مَالًا، غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الكُلِّ، فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ، وَالنِّصْفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةَ أَنَّ المَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ مَالًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ، وَنِصْفُ النِّصْفِ: هُوَ الرُّبْعُ، فَلِهَذَا يُقَالُ: ادْفَعْ نِصْفَ

ووجه قولهما مذكور في المكتوب على الحاشية على وجه النسخة.

وجه قول أبي حنيفة: أن نصيب العافي قد سقط، ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه، فينقلب نصف هذا النصف مالًا ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه، فيبطل أصلًا ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه، ونصفه في نصيب العافي، فينقلب نصف هذا النصف مالًا وهو الربع.

فلما احتمل هذا وذاك لا ينقلب مالًا بالشك؛ لأن المال لا يجب بالشك، أو نقول إن القصاص إذا صار مالًا صار بمعنى الخطأ، ولو كان القتل خطأ لا يجب شيء، فهذا مثله، إليه أشار في الجامع الصغير.

قوله: (وذكر في بعض النسخ) أي: نسخ الجامع الصغير: قول محمد مع قول أبي حنيفة، كما ذكر في الزيادات: وفي أكثرها مع قول أبي يوسف، والله أعلم.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

نَصِيبِك، أَو افْتَدَاهُ بِرُبْعِ الدِّيَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ مَا يَجِبُ مِن المَالِ يَكُونُ حَقَّ المَقْتُولِ لِأَنَّهُ بَدَلُ دَمِهِ، وَلِهَذَا تُقْضَى مِنْهُ دُيُونُهُ وَتُنَفَّذُ بِهِ وَصَايَاهُ، ثُمَّ الوَرَثَةُ يَخْلُفُونَهُ فِيهِ عِنْدَ الفَرَاغِ مِن حَاجَتِهِ، وَالمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا، فَلَا تَخْلُفُهُ الوَرَثَةُ فِيهِ.

فصلٌ: [في أَحْكَام الجِنَايَة علَى العَبْد]

(وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطأً، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، لَا تُزَادُ عَلَى عَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ، أَوْ أَكْثَرَ، قَضَى لَهُ بِعَشَرَةِ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةً، وَفِي الأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ، خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشَرَةً) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

فَصْلٌ

لما ذكر حكم جناية العبد شرع في حكم الجناية عليه، وقدم الأول؛ لأن الفاعل مقدم على المفعول.

قوله: (إذا زادت قيمتها على الدية) أي: دية المرأة الحرة خمسة آلاف إلا عشرة، وهذا ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه خمسة آلاف إلا خمسة، وبقول أبي حنيفة قال النخعي، والشعبي، والثوري، وأحمد في رواية عنه، وأبو يوسف أولًا.

وقال آخِرًا[(١)]: تجب قيمته بالغًا ما بلغت، وهو قول الشافعي، وأحمد، ومالك، وابن المسيب، وابن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، والزهري، وإسحاق، ومكحول، وإياس بن معاوية، والحسن.

لهم: أن هذا ضمان ماليته تجب من حيث ماليته، ولهذا يجب للمولى، ولو كان الضمان من حيث الآدمية ينبغي أن لا يجب للمولى؛ لأنه لا يملكه من حيث إنه آدمي، ولا يسمع قول من يقول: إن الضمان إنما يجب للمولى؛ لكونه أقرب الناس إليه كما في استيفاء القصاص إذا قتل عمدًا؛ إذ لا يلزم من ولاية استيفاء القصاص أن الضمان له كالسلطان والأب، فإن لهما ولاية استيفاء القصاص ولا يجب الضمان لهما؛ لما أن مبنى القصاص على الولاية.

---

(١) في الأصل: (اخرى) والمثبت من النسخة الثانية.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَلَوْ غَصَبَ عَبْدًا قِيمَتُهُ عِشْرُونَ أَلْفًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ تَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ بِالإِجْمَاعِ. لَهُمَا: أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ المَالِيَّةِ، وَلِهَذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَمْلِكُ العَبْدَ إِلَّا مِن حَيْثُ المَالِيَّةُ، وَلَوْ قَتَلَ العَبْدُ المَبِيعَ قَبْلَ القَبْضِ، يَبْقَى العَقْدُ، وَبَقَاؤُهُ بِبَقَاءِ المَالِيَّةِ أَصْلًا، أَوْ بَدَلِهِ، وَصَارَ كَقَلِيلِ القِيمَةِ وَكَالغَصْبِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ: قَوْله تَعَالَى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢]

قال عليه الصلاة والسلام: «**السُّلطانُ وَلِيُّ مَن لَا وَلِيَّ لَهُ**»، فأما استحقاق المال لا يبتنى على الولاية، بل على الإرث إذا وجد سببه، ولا يجري الإرث بين المولى وعبده، فعلم أنه إنما يستحقه لجبران فوات ماله، كما في سائر الأموال، ولأن[1] ابنه لا يرثه لو كان الابن حرًّا فلو كان باعتبار الآدمية ينبغي أن يرثه الابن، كما إذا مات بعد العتق وله ابن ومعتق، إذ الآدمية لا تتفاوت بعد العتق وقبله.

ولهذا لو كانت قيمته أقل من الدية تجب القيمة ولا يبلغ إلى الدية، فلو كان باعتبار الآدمية ينبغي أن يبلغ إلى الدية.

وقد روي أن عمر، وعليًّا، وابن عمر أوجبوا قيمته بالغًا ما بلغت، والدليل على أن ضمانه ضمان المال أنه يجب للمولى ويرجع إلى تقويم المقومين، ويختلف بأوصاف المتلف في الحسن والجمال وسلامة الطرف كما في المال.

أما الدية لمقابلة النفسية فلا يختلف بهذه الأوصاف، ولأنه لو قطع يد عبد يساوي ثلاثين ألفًا يجب ضمان يده [٢/ ٥٠٥/ب] خمسة عشر ألفا نصف القيمة، وهي زائدة على دية الحر، فينبغي ألا تنقص قيمته عن دية الحر وإلا يلزم [النسخ][2]، وهي أن دية العضو أكثر من دية الكل.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء:٩٢]، وجه التمسك أنه تعالى رتب على قتل الخطأ حكمين: الكفارة، والدية، والعبد داخل في حق

---

(١) في الأصل: (لا) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض في الأصل، والمثبت من الثانية.

أَوْجَبَهَا مُطْلَقًا، وَهِيَ اسْمٌ لِلْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الآدَمِيَّةِ، وَلِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الآدَمِيَّةِ حَتَّى كَانَ مُكَلَّفًا، وَفِيهِ مَعْنَى المَالِيَّةِ، وَالآدَمِيَّةُ أَعْلَاهُمَا، فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا بِإِهْدَارِ الأَدْنَى عِنْدَ

وجوب الكفارة، حتى لو قتل العبد يجب على القاتل الكفارة بالإجماع، فيجب أن يكون في حق الدية كذلك؛ لأنه تعالى قال: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا﴾ [النساء: ٩٢]، والعبد مؤمن؛ فيكون ما وجب بقتله الدية، ولا تجوز الزيادة على النص بالرأي بأن المراد مؤمن حر.

قوله: (ولأن فيه) أي: في العبد **(معنى الآدمية حتى كان مكلفًا)** أي: بالإيمان والشرائع التي تجب عليه من الصلاة، والصوم، والعقوبات، وفيه معنى المالية، والآدمية أعلاهما؛ لأنه أصل، والرق يعارض الكفر، ولهذا تزول المالية مع بقاء الآدمية بالإعتاق، فتكون المالية تبعًا، والمتبوع أعلى من التبع؛ فلا يجوز إهدار الأصل لمراعاة التبع مع أن في مراعاة الأصل مراعاة التبع دون العكس.

فإنا لو جعلنا الضمان باعتبار النفسية راعينا معنى المالية أيضًا، أما لو جعلناه بمقابلة المالية يهدر معنى النفسية، فكان إيجاب الضمان مقابلًا بما هو الأصل، ولهذا يجب القصاص في العمد، ولا يجب بإتلاف المال، والمتلف في حال الخطأ ما هو المتلف في حال العمد، فعلم أنه مضمون بكونه آدميًا.

فإن قيل: لو كانت الآدمية أعلاهما لما وجب القطع في سرقة العبد الصغير.

قلنا: إن المالية في الرقيق غير ساقطة أصلًا، بل هي معتبرة، إلا عند تعذر الجمع.

فإن قيل: الجمع هاهنا ممكن كما في المُحرِمِ إذا قتل صيدًا مملوكًا تجب قيمته، والجزاء أيضًا، فكذلك هاهنا.

قلنا: ثمة الجهة مختلفة، فالقيمة ضمان المحل، والجزاء ضمان الفعل، أما هاهنا فالجهة متحدة، وهو أن الضمان بدل المحل، فلا يمكن الجمع مع أن الحرية والمالية متنافيان، فيكون التنافي ثابتًا بين موجبيهما، كذا قيل.

وفي النهاية: ولا معنى لقول من قال: يجمع بين المالية والنفسية.

تَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا، وَضَمَانُ الغَصْبِ بِمُقَابَلَةِ المَالِيَّةِ، إذ الغَصْبُ لَا يُرَدُّ إلَّا عَلَى المَالِ، ....

فقلنا بوجوب القصاص في العمد باعتبار النفسية، ووجوب المال في الخطأ باعتبار المالية؛ لأن المتلف في حال العمد والخطإ واحد، فلو كان هنا طريق إلى الجمع ينبغي أن يضمن الدية مع كمال القيمة، أو يستوفي القصاص في حالة العمد باعتبار النفسية، والقيمة باعتبار المالية، وأحد لا يقول بذلك، فعرفنا أن المتلف في الحالين واحد، ولا وجه للجمع مع أن بين الوصفين تضادًّا.

وأما النقصان ببدل النفس قد ينقص عن أعلى الديات باعتبار نقصان في المحل، ألا ترى أنه ينقص بالأنوثة وبالكفر على أصل الخصم، وبالاختناق في البطن بالاتفاق، فإن بدل الجنين دون بدل المنفصل، وإن كان الواجب باعتبار النفسية؛ إذ لا مالية في الجنين سواء كان حرًّا أو مملوكًا، فكذا يجوز أن ينقص عن أعلى الديات باعتبار صفة المملوكية؛ لأن تكميل الدية باعتبار صفة المالكية.

ولهذا بدل الأنثى على النصف من بدل الذكر باعتبار نقصان مالكية النكاح، فإنها لا تملك النكاح وتملك المال، والرجل يملك كليهما[1]، ولا يقال لو كان النقصان باعتبار المالكية لنقصت دية العبد عن دية المرأة؛ لأنها مالكة له؛ لأنا نقول العبد باعتبار أنه يحمل أمانة الله تعالى لم يصر مالًا، وبقي على حكم الحرية، وصحة النكاح تنبني على هذا الوصف؛ لأن عقد النكاح لا يجري بين الأموال، وهو من هذا الوجه لا يملك الحرة نكاحًا فتصير المرأة تبعًا له في حق النفسية وما ينبني عليها.

وقد ذكرنا أن معنى النفسية معتبرة عند التعارض، فلما كان العبد هو المالك للحرة فيما يرجع إلى النفسية كانت دية المرأة أنقص من دية العبد التي تبلغ دية الحر، ولأن قيمة العبد إذا كانت أقل من دية المرأة تجب دون دية المرأة؛ لأنها تملكه، وإذا كانت أكثر من ديتها يجب أكثر؛ لأنه يملكها نكاحًا قولًا بالشبهين.

---

(١) في الأصل والثانية: (كلها) والمثبت من الثالثة.

....

وأما الجواب عن أثر عمر وعليّ فنعارضه بقول ابن مسعود: لا تبلغ قيمة العبد دية الحر وتنقص منه عشرة.

وهكذا روي عن ابن عباس، وهذا كالمروي عن النبي ﷺ؛ لأن المقادير لا تعرف بالقياس بل تعرف سماعًا، وبهذا رجحنا أثر ابن مسعود على ما رواه الخصم؛ لأنه ليس فيه ذكر المقدار، بل فيه [٢/٥٠٦/أ] قياس سائر الأموال، فكان أثره محمولًا على أنهم قالوا من رأيهم وقياسهم سائر الأموال، أو يحمل ذلك على ما إذا كانت قيمته فيما دون دية الحر، والحكم فيه كذلك.

وأما وجوبه للمولى فلما ذكرنا أنه أقرب الناس إليه باعتبار مالكيته بماليته، فيجعل في حقه كالواجب بمقابلة المالية.

وأما الرجوع إلى تقويم المُقوِّمين فلإظهار المالية التي تظهر النقصان باعتبارها، مع أن الرجوع إلى تقويمهم قد يكون فيما يجب بمقابلة النفسية كحكومة العدل.

وأما الجواب عن قطع يد عبد يساوي ثلاثين ألفًا إلى آخره أن ذلك قول أبي يوسف، ودية العبد بقدر القيمة بالغة ما بلغت.

ولهذا قال محمد في بعض الروايات: القول بهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله، وهو قبيح جدًّا، فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه؛ فيكون الواجب خمسة آلاف إلا خمسة.

وقد قيل: إن جانب المالية في الأطراف أغلب في الأحرار، ألا ترى أن الاثنين لا يؤخذان بواحد في حق الأطراف، وبالرق زاد معنى المالية حتى لا يجري القصاص في أطراف العبيد لهذا، ولأن مجاوزة قدر قيمة الأطراف عن قدر الدية غير ممتنعة في نفسها.

ألا ترى أنه لو جدع أنف حر خطأً وجب دية النفس، ثم فقأ عينه وجب دية أخرى، وكذا في جميع أطرافه، فيزيد ما يجب بمقابلة الأطراف على الدية

وَبَقَاءُ العَقْدِ يَتْبَعُ الفَائِدَةَ، حَتَّى يَبْقَى بَعْدَ قَتْلِهِ عَمْدًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ القِصَاصُ بَدَلًا عَنِ المَالِيَّةِ، فَكَذَلِكَ أَمْرُ الدِّيَةِ، وَفِي قَلِيلِ القِيمَةِ الوَاجِبُ بِمُقَابَلَةِ الآدَمِيَّةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا سَمْعَ فِيهِ فَقَدَّرْنَاهُ بِقِيمَتِهِ رَأْيًا، بِخِلَافِ كَثِيرِ القِيمَةِ، لِأَنَّ قِيمَةَ الحُرِّ مُقَدَّرَةٌ بِعَشَرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَنَقَصْنَا مِنْهَا فِي العَبْدِ إِظْهَارًا لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ، وَتَعْيِينُ العَشَرَةِ بِأَثَرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ ﷺ. قَالَ: (وَفِي يَدِ العَبْدِ نِصْفُ قِيمَتِهِ لَا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةٌ) ....

بأضعاف الأضعاف، ولهذا قيل: دية الأسنان أكثر من دية النفس بستة[1] آلاف.

قوله: (وبقاء العقد) إلى آخره جواب عما قال: (يبقى العبد وبقاؤه ببقاء المالية أصلًا) فيما إذا كان باقيًا أو بدلًا فيما إذا كان بالغًا، يعني بقاء العقد بعد قتل العبد قبل القبض يتبع الفائدة، وهي انقلاب القصاص مالًا بالعفو أو الصلح، فبقاؤه لا يدل على أنه يبقى لأجل المالية، بل يبقى لأجل فائدة، وهي تمكن المشتري من الصلح والعفو أو وجوب الكفن[2] عليه.

قوله: (إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا)، فإن قيل: قوله عليه الصلاة والسلام: «أَلَا إِنّ قتيلَ خَطإِ العمدِ» الحديث مطلق فيتناول الحر والعبد، فيكون السماع فيه موجودًا.

قلنا: خص من ذلك الحديث المرأة، لأنه يجب بقتلها مائة من الإبل، فيخص العبد منه؛ لأن المعنى المخصص موجود فيه، وهو التفاوت في المالكية، كالتفاوت بين الرجل والمرأة، ولا يرد علينا ما روي عن علي وعمر وابنه؛ لما بينا أنه معارض بحديث ابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين، وبينا أنهم قالوا برأيهم وقياسهم.

قوله: (وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس) وفي بعض النسخ: (عبد الله بن مسعود) وهو الصحيح؛ لأنه موافق لرواية المبسوط والأسرار.

قوله: (خمسة آلاف إلا خمسة) أي: على خمسة آلاف منقوصة بخمسة.

---

(١) في الأصل: (ست) والمثبت من الثانية.
(٢) في الأصل: (الكفر) والمثبت من الثانية.

لِأَنَّ اليَدَ مِن الآدَمِيِّ نِصْفُهُ، فَتُعْتَبَرُ بِكُلِّهِ، وَيَنْقُصُ هَذَا المِقْدَارُ إِظْهَارًا لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ، وَكُلُّ مَا يُقَدَّرُ مِن دِيَةِ الحُرِّ، فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِن قِيمَةِ العَبْدِ، لِأَنَّ القِيمَةَ فِي العَبْدِ كَالدِّيَةِ فِي الحُرِّ، إِذْ هُوَ بَدَلُ الدَّمِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، وَإِنْ غَصَبَ أَمَةً قِيمَتُهَا عِشْرُونَ أَلْفًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ، فَعَلَيْهِ تَمَامُ قِيمَتِهَا، لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ ضَمَانَ الغَصْبِ ضَمَانُ المَالِيَّةِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَأَعْتَقَهُ المَوْلَى، ثُمَّ مَاتَ مِن ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ المَوْلَى، فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِلَّا اقْتُصَّ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ، ....

وفي النهاية: هذا خلاف ظاهر الرواية، لأنه ذكر في المبسوط: ففي طرف المملوك يعتبر قيمة المالية فقط[١].

ولهذا لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة، إلا أن محمدًا قال في بعض الروايات: القول بهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرفه ما يجب بقتله، إلى أن قال: فلهذا لا يزاد على نصف بدل نفسه، فيكون الواجب فيه خمسة آلاف إلا خمسة.

وذكر في الأسرار أن جانب المالية أغلب.

وفي فتاوى الظهيرية، وجامع المحبوبي: ما يوافق أولية المتن حيث قالا: موضحة العبد مثل موضحة الحر يقضى بخمسمائة درهم إلا نصف درهم، ولو قطع إصبع عبد عمدًا أو خطأ، وقيمته عشرة آلاف أو أكثر فعليه عشر الدية إلا درهم، فكأن الشيخ اختار رواية محمد رحمه الله.

قوله: (فلا قصاص فيه) أي: بالإجماع **(وإلا)** أي: إن لم يكن له وارث غير المولى.

قوله: (وقال محمد: لا قصاص في ذلك) وبه قالت الأئمة الثلاثة، إلا أن عندهم تجب قيمته بالغة ما بلغت للسيد.

وعن أحمد في رواية: تجب دية الحر اعتبارًا بحالة الموت.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٧/ ٣٢).

وَعَلَى القَاطِعِ أَرْشُ اليَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذَلِكَ إِلَى أَنْ يُعْتِقَهُ، وَيَبْطُلُ الفَضْلُ)(*) وَإِنَّمَا لَمْ يَجِب القِصَاصُ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، لِأَنَّ القِصَاصَ يَجِبُ عِنْدَ المَوْتِ مُسْتَنِدًا إِلَى وَقْتِ الجُرْحِ، فَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الجُرْحِ يَكُونُ الحَقُّ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى اعْتِبَارِ الحَالَةِ الثَّانِيَةِ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ، فَتَحَقَّقَ الِاشْتِبَاهُ، وَتَعَذَّرَ الِاسْتِيفَاءُ، فَلَا يَجِبُ عَلَى وَجْهٍ يُسْتَوْفَى، وَفِيهِ الكَلَامُ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يُزِيلُ الِاشْتِبَاهَ، لِأَنَّ المُلْكَيْنِ فِي الحَالَيْنِ، ....

وعند محمد: يجب أرش يده، وما نقصه القطع إلى أن أعتقه المولى.

(ويبطل الفضل) أي: باقي القيمة.

قوله: (في الوجه الأول) أي: فيما إذا كان له وارث غير المولى؛ لاشتباه من له الحق وهو المستوفي، وجهالته تمنع وجوب القصاص؛ لتعذر استيفائه، كما لو باعه ثم مات عند المشتري كان [٢/٥٠٦/ب] على القاطع أرش اليد، وتبطل السراية كذا هاهنا.

ولا يمكن إفراد السراية عن الجناية؛ لأن قطع يد العبد لا يوجب القصاص، فبطل الجناية ضرورة، كذا ذكره قاضي خان.

قوله: (وفيه الكلام) أي: فيما إذا كان له ورثة غير المولى.

وقيل: أي: في وجوبه على وجه يستوفى، ولا كلام في أصل الوجوب، والوجوب لا الاستيفاء، فإذا فات مقصوده سقط اعتباره.

وقيل: أي: في تعذر الاستيفاء.

قوله: (لأن الملكين في الحالين) في حالة الجرح وحالة السراية، معناه أن الملكين لما كانا في الحالين فلو نظرنا إلى حالة الجرح يكون للمولى، ولو نظرنا إلى حالة الموت يكون للوارث.

فلو اجتمعا على استيفاء القصاص بأن يُوَكِّلا رجلًا بذلك ينتقل الفعل إليهما، فيكون أحدهما مستوفيًا بلا حق.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

بِخِلَافِ العَبْدِ المُوصَى بِخِدْمَتِهِ لِرَجُلٍ، وَبِرَقَبَتِهِ لِآخَرَ إِذَا قُتِلَ، لِأَنَّ مَا لِكُلٍّ مِنْهُمَا مِن الحَقِّ ثَابِتٌ مِن وَقْتِ الجَرْحِ إِلَى وَقْتِ المَوْتِ، فَإِذَا اجْتَمَعَا زَالَ الِاشْتِبَاهُ.

وَلِمُحَمَّدٍ فِي الخِلَافِيَّةِ وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ وَرَثَةٌ سِوَى المَوْلَى، أَنَّ سَبَبَ الوِلَايَةِ قَد اخْتَلَفَ، لِأَنَّهُ المِلْكُ عَلَى اعْتِبَارِ إِحْدَى الحَالَتَيْنِ، وَالوِرَاثَةُ بِالوَلَاءِ عَلَى اعْتِبَارِ الأُخْرَى، فَنُزِّلَ مَنْزِلَةَ اخْتِلَافِ المُسْتَحَقِّ فِيمَا يُحْتَاطُ فِيهِ، كَمَا إِذَا قَالَ لِآخَرَ:

فإن قيل: ينبغي أن ينتقل الفعل إلى من له الحق كما لو اجتمع ولي القصاص مع أجنبي ووكَّلَا رجلًا بالاستيفاء، فإن الفعل ثمة ينتقل إلى الولي لا إلى الأجنبي.

قلنا: وضع المسألة ثمة فيما إذا كان عالمًا بأنه أجنبي، [وإنما][1] لم ينتقل بحكم العلم، أما هاهنا الوكيل لا يعلم صاحب الحق، وعدم العلم كافٍ لنقل الفعل، كما لو أمر إنسانًا بأن يذبح شاة غيره، والمأمور لا يعلم أنها لغيره، ينتقل الفعل إلى الآمر؛ لعدم العلم، كذا هاهنا بخلاف مسألة الوصية؛ لأن الملكين لما كانا في حالة واحدة أمكن جعلهما شريكين في ذلك، كذا في المبسوط.

وفي الإيضاح: الموصى له بالخدمة لا ملك له في رقبته، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة؛ لأن الرقبة تفوت لا إلى بدل، فلا يملك الطالب حقه عليه، ولكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر.

قوله: (لأنه الملك) أي: سبب ولاية الاستيفاء الملك **(على اعتبار إحدى الحالتين)** وهي حالة الجرح قبل العتق، والحالة الأخرى حالة الموت بعد العتق.

قوله: (فيما يحتاط فيه) أي: في الذي لا يثبت مع الشبهات، ويحترز به عن المال، فإنه يثبت مع اختلاف السبب، كما لو أقر بألف من قرض، وقال المقر: له من ثمن مبيع، فإنه يقضي بالألف وإن اختلف السبب؛ لأن في الأموال يجري البدل والإباحة فلا يبالى باختلاف السبب.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من الثانية.

بِعْتَنِي هَذِهِ الجَارِيَةَ بِكَذَا، فَقَالَ المَوْلَى: زَوَّجْتُهَا مِنْك، لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا، وَلِأَنَّ الإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ، وَبِانْقِطَاعِهَا يَبْقَى الجَرْحُ بِلَا سِرَايَةٍ، وَالسِّرَايَةُ بِلَا قَطْعٍ، فَيَمْتَنِعُ القِصَاصُ. وَلَهُمَا: أَنَّا تَيَقَّنَّا بِثُبُوتِ الوِلَايَةِ لِلْمَوْلَى، فَيَسْتَوْفِيه وَهَذَا لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ مَعْلُومٌ، وَالحُكْمُ مُتَّحِدٌ فَوَجَبَ القَوْلُ بِالِاسْتِيفَاءِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ، لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ مَجْهُولٌ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هَاهُنَا، لِأَنَّ الحُكْمَ لَا

قوله: (لأن الإعتاق قاطع للسراية) حتى إن من جرح عبدًا ثم أعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة تنقطع السراية، فلا يلزم الجارح الدية ولا القيمة، وإنما يضمن النقصان، وهذا الحكم فيما إذا كان الجرح خطأ بالاتفاق.

وأما إذا كان عمدًا فعند محمد كذلك؛ لأن المعنى الموجب بأن العتق يقطع السراية وهو صيرورة النهاية مخالفة للبداية لا يعرف بين العمد والخطأ؛ لما أن الضمان في الخطأ قبل السراية للمولى، وبعدها للعبد، حتى تنفذ وصاياه وتقضى ديونه، فكذا في العمد.

فإن استيفاء القصاص للمولى باعتبار حالة الجرح بجهة الملك، وباعتبار حالة الموت للورثة بجهة الوراثة، فكان اختلاف الجهة في العمد فيما إذا لم يكن له وارث غير المولى بمنزلة اختلاف المستوفى في الخطأ بل بالطريق الأولى؛ لما أن سقوط القصاص بالشبهة دون سقوط الدية.

فلما قطع الإعتاق السراية في الخطأ حتى لم تجب الدية والقيمة بالاتفاق، فلأن يقطع الإعتاق السراية في حق القصاص حتى لا يجب القصاص في العمد أولى؛ لأن سقوط القصاص مما يثبت بالشبهة دون سقوط الدية.

قوله: (**وبانقطاعها**) أي: بانقطاع السراية يبقى الجرح بلا سراية، والسراية بلا جرح، يعني كأنه مات بآفة سماوية بلا جرح، أو جرح بلا موت، فلا يجب القصاص في النفس، ولا في الطرف؛ لأن القطع وجد وهو عبد ولا قصاص في طرفه.

قوله: (**تيقنا بثبوت الولاية**) أي: ولاية استيفاء القصاص (**للمولى**) لما أن المقضي وهو المولى معلوم، والحكم وهو الاستيفاء متحد، فوجب القول به.

(**ولا معتبر باختلاف السبب هاهنا**) أي: المسألة الثانية؛ لأنه لو لم يختلف

يَخْتَلِفُ، بِخِلَافِ تِلْكَ المَسْأَلَةِ، لِأَنَّ مِلْكَ اليَمِينِ يُغَايِرُ مِلْكَ النِّكَاحِ حُكْمًا، وَالإِعْتَاقُ لَا يَقْطَعُ السِّرَايَةَ لِذَاتِهِ، بَلْ لِاشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الحَقُّ، وَذَلِكَ فِي الخَطَإِ دُونَ العَمْدِ، لِأَنَّ العَبْدَ لَا يَصْلُحُ مَالِكًا لِلْمَالِ، فَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ الجَرْحِ يَكُونُ الحَقُّ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى اعْتِبَارِ حَالَةِ المَوْتِ يَكُونُ لِلْمَيِّتِ، لِحُرِّيَّتِهِ، فَيُقْضَى مِنْهُ دُيُونُهُ وَيُنَفَّذُ وَصَايَاهُ فَجَاءَ الِاشْتِبَاهُ.

إنما يختلف، فباعتبار حالة الجرح سبب استيفاء المولى الملك، وباعتبار حالة الموت كان الاستيفاء له أيضًا لكن بسبب الولاء، ولا اعتبار له؛ لأن المقصود وهو الحكم الذي هو استيفاء القصاص متحد.

(**بخلاف تلك**) أي: مسألة الجارية؛ لأن ملك اليمين يغاير [٢/ ٥٠٧/أ] ملك النكاح حكمًا؛ لأن النكاح يثبت الحل مقصودًا، والبيع لا يثبته مقصودًا، ولهذا يجب الاستبراء في البيع، ولا يثبت نسب ولد الأمة بلا دعوة، ويكون ولده منها حرًا، وفي النكاح يثبت بلا دعوة، ولا يكون ولده منها حرًا، وهلاكها قبل الدخول والخلوة يؤكد كل المهر، وفي البيع يسقط كل الثمن إذا كان قبل القبض، والبيع يفسخ بالعيب دون النكاح، والاختلاف في هذه الأحكام يوجب المغايرة، ولهذا لا يقضى بالحل والملك له.

وقوله: (والإعتاق لا يقطع السراية لذاته) إلى آخره جواب عن قول محمد: إن الإعتاق يقطع السراية، يعني الإعتاق لا يقطع السراية لذاته؛ لأنه فعل شرعي، والسراية فعل حسي، ولا أثر له في الفعل الحسي، بل إنما يقطع السراية في الخطأ باعتبار اشتباه من له الحق، وصيرورة الانتهاء مخالفة للابتداء، فيمتنع القضاء لجهالة من له الحق، بخلاف فصل العمد.

فإن الواجب في الحالين -وهو القصاص- والمستحق في الحالين -وهو المقتول- واحد؛ لأن القصاص إنما يجب من حيث إنه آدمي، والعبد من حيث إنه آدمي مُبقّى على أصل الحرية، إلا أن المولى يستوفي بحكم الخلافة عنه، فإذا لم يكن وارثًا غيره كان المولى متعينًا للخلافة بأي سبب، كذا ذكره قاضي خان.

أَمَّا العَمْدُ فَمُوجِبُهُ القِصَاصُ، وَالعَبْدُ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِيهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ أَنْ يَكُونَ الحَقُّ لَهُ، فَالمَوْلَى هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ، إِذْ لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ، فَلَا اشْتِبَاهَ فِيمَنْ لَهُ الحَقُّ، وَإِذَا امْتَنَعَ القِصَاصُ فِي الفَصْلَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ: يَجِبُ أَرْشُ اليَدِ، وَمَا نَقَصَهُ مِن وَقْتِ الجَرْحِ إِلَى وَقْتِ الإِعْتَاقِ كَمَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ حَصَلَ عَلَى مِلْكِهِ وَيَبْطُلُ الفَضْلُ، وَعِنْدَهُمَا الجَوَابُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ كَالجَوَابِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الثَّانِي.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدَيْهِ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ شُجَّا، فَأَوْقَعَ العِتْقَ عَلَى أَحَدِهِمَا، فَأَرْشُهُمَا لِلْمَوْلَى) لِأَنَّ العِتْقَ غَيْرُ نَازِلٍ فِي المُعَيَّنِ، وَالشَّجَّةُ تُصَادِفُ المُعَيَّنَ، فَبَقِيَا

قوله: (فأوقع العتق على أحدهما) أي: أظهر العتق الذي قال على وجه الإبهام، وإنما ذكر بلفظ أوقع ليدل على أن العتق لم يترك على أحدهما معينًا في حق الأرش، وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل وغيرهما، فإنه يتعين العتق في الحي بالموت والقتل؛ لخروج الميت عن محل إيقاع العتق عليه، والعتق المبهم في حق العين كالنازل عند البيان، فلا بد من بقاء المحل.

قوله: (لأن العتق غير نازل في المعين) لأنه أوقع العتق في المنكر، والمعين غير المنكر، فلا يكون العتق نازلًا في المعين.

فإن قيل: يشكل عليه ما لو تعين العتق في أحدهما عند الموت يعتق كله، ولا يعتبر من الثلث، فلو كان العتق المبهم غير نازل إلا عند البيان ينبغي أن يعتبر من الثلث كأصل الإيقاع[١] عند الموت.

قلنا: لما كان أصل الإيقاع في الصحة فقد تم الاستحقاق في حقه معتبرًا من جميع ماله؛ لأنه لا ينكر في جانب المولى، فلا يتغير ذلك ببيانه عند الموت.

فإن قيل: ما الفرق لأبي يوسف ومحمد بين مسألة الكتاب وبين ما إذا كانت أمتين، والمسألة بحالها لا يحل للمولى أن يطأهما مع أنهما مملوكتان[٢]

---

(١) في الأصل: (الانتفاع) والمثبت من الثانية.

(٢) في الأصل والثانية: (مملوكين) والثالثة: (مملوكتين) والصواب المثبت.

مَمْلُوكَيْنِ فِي حَقِّ الشَّجَّةِ (وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلٌ، تَجِبُ دِيَةُ حُرٍّ وَقِيمَةُ عَبْدٍ، وَمَنْ فَقَأَ عَيْنَيْ عَبْدٍ) وَالفَرْقُ: أَنَّ البَيَانَ إِنْشَاءٌ مِن وَجْهٍ، وَإِظْهَارٌ مِن وَجْهٍ عَلَى مَا عُرِفَ، وَبَعْدَ الشَّجَّةِ بَقِيَ مَحِلًّا لِلْبَيَانِ، فَاعْتُبِرَ إِنْشَاءً فِي حَقِّهِمَا، وَبَعْدَ المَوْتِ لَمْ يَبْقَ مَحِلًّا لِلْبَيَانِ فَاعْتَبَرْنَاهُ إِظْهَارًا مَحْضًا، وَأَحَدُهُمَا حُرٌّ بِيَقِينٍ، فَتَجِبُ قِيمَةُ عَبْدٍ وَدِيَةُ حُرٍّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلٌ حَيْثُ قِيمَةُ المَمْلُوكِينَ، لِأَنَّا لَمْ نَتَيَقَّنْ بِقَتْلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرًّا وَكُلٌّ مِنْهُمَا يُنْكِرُ ذَلِكَ، ....

في حق الشجة، والعتق غير نازل لما ذكر في الكتاب: أن الشجة فعل حسِّي، والوطء فعل حسِّي أيضًا، يصادف المعين كالشجة؟

قلنا: الوطء تصرف لا يحل إلا في الملك، فإقدامه عليه في أحدهما دليل تعيين الملك فيها، ومن ضرورته انتفاء العتق عنها، فيتعين في الأخرى، وهذا لأن فعل المسلم محمول على الحل ما أمكن، ولا ضرورة في حق الشجة، بقيا على حكم الرق كما قبل الشجة.

قوله: **(على ما عرف)** أي: في الأصول، ولأن للأحد[1] في قوله: **(أحدهما حر)** صفتين: صفة كونه معرفة لإضافته إلى المعرفة وهي الضمير، فبالنظر إلى هذا إظهار، وصفة[2] كونه نكرة؛ لأنه موضوع بإزاء شخص غير معين، فبالنظر إلى هذا يكون إنشاء.

وفي المبسوط، والأسرار: هذا إذا قتلهما معا، أما إذا قتلهما على التعاقب فعليه قيمة الأول[3] للمولى ودية الآخر لورثته؛ لأن العتق تعين في الثاني، وكذا إذا قتلهما رجلان معًا، أو لا يدرى الأول منهما، فإن علم القاتل الأول فعلى القاتل الأول قيمة الأول لمولاه، وعلى القاتل الثاني دية الحر للورثة.

فإن لم يعلم فعلى كل واحد من القاتلين قيمة عبد؛ لما ذكرنا أن العتق غير نازل في المنكر، ولا يتعين أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر، فيجب على

---

(١) في الأصل: (الأحد) والمثبت من الثانية.
(٢) في الأصل (وصف)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل والثانية: (الأولى) والمثبت من الثالثة.

وَلِأَنَّ القِيَاسَ يَأْبَى ثُبُوتَ العِتْقِ فِي المَجْهُولِ، لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فَائِدَةً، وَإِنَّمَا صَحَّحْنَاهُ ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ، وَأَثْبَتْنَا لَهُ وِلَايَةَ النَّقْلِ مِن المَجْهُولِ إِلَى المَعْلُومِ، فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ، وَهِيَ فِي النَّفْسِ دُونَ الأَطْرَافِ فَبَقِيَ مَمْلُوكًا فِي حَقِّهَا.

قَالَ: (فَإِنْ شَاءَ المَوْلَى دَفَعَ عَبْدَهُ وَأَخَذَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ، وَلَا شَيْءَ لَهُ مِن النُّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ العَبْدَ وَأَخَذَ مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ العَبْدَ وَأَخَذَ قِيمَتَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُضَمِّنُهُ كُلَّ القِيمَةِ وَيُمْسِكُ الجُثَّةَ، ....

كل واحد منهما القدر المتيقن وهو القيمة.

وفي القاتل الواحد إذا قتلهما معا تجب قيمة عبد ودية حر إن استوت القيمتان، وإن اختلفت فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما؛ لأن البيان فات حين قتل، وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما[1].

ولم يبين ذلك في الكتاب أي: لم يبين محمد في المبسوط أن القيمتين للمولى أو لورثتهما في صورة قتل الرجلين معًا.

قيل: النصف [٢/ ٥٠٧/ ب] للمولى من كل واحد، والنصف للورثة كما في قاتل واحد؛ لأن في حق المولى العتق ثابت في حق أحدهما، فلا يستحق بدل نفسه، فيوزع ذلك نصفين عليهما لهذا، ولو لم يقتلهما أحد ومات المولى قبل البيان عتق من كل واحد نصفه ويسعى في نصفه، كذا في المبسوط[2] وقد مر في العتاق.

وقوله: (ولأن القياس) معطوف على قوله: (والفرق أن البيان إنشاء) إلى آخره.

قوله: (فبقي مملوكًا في حقها) أي: في حق الأطراف.

قوله: (وقال الشافعي: يضمنه) أي: المالك العافي (كل القيمة ويمسك **الجثة**)، وهو قول مالك، وأحمد.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٨٩).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٧/ ٨٩).

لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الضَّمَانَ مُقَابِلًا بِالفَائِتِ، فَبَقِيَ البَاقِي عَلَى مِلْكِهِ، كَمَا إذَا قَطَعَ إحْدَى يَدَيْهِ، أَوْ فَقَأَ إحْدَى عَيْنَيْهِ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إنَّ المَالِيَّةَ قَائِمَةٌ فِي الذَّاتِ، وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الأَطْرَافِ لِسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عَلَيْهِ. وَإِذَا كَانَتْ مُعْتَبَرَةً وَقَدْ وُجِدَ إتْلَافُ النَّفْسِ مِن وَجْهٍ بِتَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ، وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ الكُلِّ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ وَرِعَايَةً لِلْمُمَاثَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إذَا فَقَأَ عَيْنَيْ حُرٍّ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى المَالِيَّةِ، وَبِخِلَافِ عَيْنَيْ المُدَبَّرِ، لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ مِن المِلْكِ إلَى مِلْكٍ، وَفِي قَطْعِ إحْدَى اليَدَيْنِ وَفَقْءِ إحْدَى العَيْنَيْنِ لَمْ يُوجَدْ تَفْوِيتُ جِنْسِ المَنْفَعَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ مَعْنَى المَالِيَّةِ لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا، وَجَبَ أَنْ يَتَخَيَّرَ المَوْلَى عَلَى

(لأنه) أي: الشافعي **(يجعل الضمان مقابلا [بالفائت])**(١) وهو العينان(٢) وقدر ضمانهما بكل القيمة، فبقي الباقي على ملكه، كما لو فقأ عين حر فإنه يأخذ كل الدية وجثته له.

قوله: (وهي) أي: المالية **(معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها)** أي: المالية **(في حق الذات قصرًا عليه)** أي: لم تقتصر في حق الذات فحسب، بل اعتبرت في حق الأطراف أيضًا، يعني انحصار اعتبار المالية في الذات لا غير ساقط، بل اعتبرت في حقهما جميعًا، فكان الواجب قيمة كل النفس؛ لأن فقء العينين إتلاف النفس معنى بتفويت جنس المنفعة، فوجب أن [يزول](٣) عن ملكه تحقيقًا للمبادلة؛ إذ هو قابل للفعل كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد.

قوله: (ولهما أن معنى المالية لما كان معتبرًا) حتى كان الواجب من القيمة باعتبار المالية، فيزيد بزيادتها وينقص بنقصانها وجب أن يترجح جانب المالية في أطراف العبيد، ولهذا لا يتعلق القود بالجناية على أطرافه بحال، ولا تتحمل العاقلة، وفي الجناية على المالِ المالكُ مخير بين تضمين كل القيمة وتسليم

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من الثانية.
(٢) في الأصول الخطية: (العينين) والصواب المثبت.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.

الوَجْهِ الَّذِي قُلْنَاهُ كَمَا فِي سَائِرِ الأَمْوَالِ، فَإِنَّ مَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقًا فَاحِشًا، إِنْ شَاءَ المَالِكُ دَفَعَ الثَّوْبَ إِلَيْهِ وَضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الثَّوْبَ وَضَمَّنَهُ النُّقْصَانَ. وَلَهُ: أَنَّ المَالِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الذَّاتِ، فَالآدَمِيَّةُ غَيْرُ مُهْدَرَةٍ فِيهِ، وَفِي الأَطْرَافِ أَيْضًا، أَلَا تَرَى أَنَّ عَبْدًا لَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ آخَرَ يُؤْمَرُ المَوْلَى بِالدَّفْعِ أَوِ الفِدَاءِ، وَهَذَا مِن أَحْكَامِ الآدَمِيَّةِ، لِأَنَّ مُوجِبَ الجِنَايَةِ عَلَى المَالِ أَنْ تُبَاعَ رَقَبَتُهُ فِيهَا، ثُمَّ مِن أَحْكَامِ الأُولَى: أَنْ لَا يَنْقَسِمَ عَلَى الأَجْزَاءِ، وَلَا يَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ، وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ: أَنْ يَنْقَسِمَ وَيَتَمَلَّكَ الجُثَّةَ، فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا مِن الحُكْمِ..

العين، وبين إمساك العين وتضمين النقصان.

قوله: (ثم من أحكام الأولى) أي: الآدمية، وإنما قال الأولى اعتبارًا بالابتداء لا بوضع الكتاب.

(أن[1] لا ينقسم على الأجزاء) أي: لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس، والفائت من الطرف لا يتوزع.

(ومن أحكام الثانية) أي: المالية (أن ينقسم) أي: موجب الجناية، وهو الضمان على الأجزاء والجثة، فيضمن نقصان القيمة، وهو الذي وجب بمقابلة فوات الأجزاء، ويمسك المولى الجثة كما في تخريق الثوب.

(فوفرنا على الشبهين حظهما) يعني بالنظر إلى الآدمية ينبغي ألا يجب الضمان متوزعًا، بل بإزاء الفائت لا غير، وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك الجثة، كما ليس له ذلك في المال قولًا بالشبهين، وفيما قالا إلغاء جانب الآدمية أصلًا واعتبار جانب المالية كما في تخريق الثوب.

وفيما قال الشافعي إلغاء لجانب المالية أصلًا واعتبار[2] لجانب الآدمية لا غير، حيث يقول بضمان كل القيمة، والجثة للمولى من غير خيار، والوسط

---

(١) في الأصل والثانية: (أي)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل والثانية: (اعتبارا) والمثبت من الثالثة.

فَصْلٌ فِي جِنَايَةِ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى الْمُدَبَّرُ أَوْ أُمُّ الوَلَدِ جِنَايَةً، ضَمِنَ الْمَوْلَى الأَقَلَّ مِن قِيمَتِهِ وَمِنْ أَرْشِهَا) لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ ﷺ أَنَّهُ قَضَى بِجِنَايَةِ الْمُدَبَّرِ عَلَى مَوْلَاهُ، وَلِأَنَّهُ صَارَ مَانِعًا عَنْ تَسْلِيمِهِ فِي الجِنَايَةِ بِالتَّدْبِيرِ أَو الِاسْتِيلَادِ مِن غَيْرِ اخْتِيَارِهِ الفِدَاءَ، فَصَارَ كَمَا

العدل ما قاله أبو حنيفة؛ لأن فيه رعاية الجانبين وتوفيرًا للشبهين، إليه أشار في الأسرار.

فَصْلٌ فِي جِنَايَةِ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ

لما ذكر حكم جناية المملوك من كل وجه شرع في بيان جناية المملوك من وجه وقدم الأول لكماله.

قوله: (وإذا جنى المدبر أو أم الولد) إلى آخره، عند الشافعي: المدبر كالقن في الجناية، فكان في رقبته، والمولى مخير بين أن يدفعه فيباع في الجناية، وبين أن يفديه، فلو أراد الفداء، وفي الفداء له قولان:

أحدهما: يفديه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ، وهو قول مالك في القن، ورواية عن أحمد، كما في القن.

وفي الثاني: يفديه بأقل من قيمته ومن أرش الجناية، وقد مر في القن، وهو رواية عن أحمد، وقال مالك في المدبر: لم يبع في جنايته وسلمت فيستخدمه المجني عليه بقدر أرش جنايته إن شاء السيد، وإن شاء افتدى خدمته بقدر أرش الجناية، ولو استوفى المجني عليه من خدمته بقدر أرش جنايته رجع إلى سيده مُدبَّرًا.

وعندنا: ضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرش؛ لما روي أن أبا عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه، وكان أميرًا بالشام، وقضى بمحضر من الصحابة فكان إجماعًا.

وعند الشافعي، ومالك، وأحمد: في جناية أم الولد ضمن المولى الأقل من قيمته، ومن الأرش كمذهبنا؛ لتعذر دفعه وبيعه بالإجماع.

قوله: (من غير اختياره الفداء) لأن عند التدبير والاستيلاد ما كان يعلم أنه يجني، فصار كما لو فعل ذلك بعد الجناية، وهو لا يعلم بالجناية.

إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ بَعْدَ الجِنَايَةِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ. وَإِنَّمَا يَجِبُ الأَقَلُّ مِن قِيمَتِهِ وَمِن الأَرْشِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ فِي أَكْثَرَ مِن الأَرْشِ، وَلَا مَنْعَ مِن المَوْلَى فِي أَكْثَرَ مِن القِيمَةِ، وَلَا تَخْيِيرَ بَيْنَ الأَقَلِّ وَالأَكْثَرِ، لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ، لِاخْتِيَارِهِ الأَقَلَّ لَا مَحَالَةَ، بِخِلَافِ القِنِّ، لِأَنَّ الرَّغَبَاتِ صَادِقَةٌ فِي الأَعْيَانِ فَيُفِيدُ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالفِدَاءِ (وَجِنَايَاتُ المُدَبَّرِ وَإِنْ تَوَالَتْ، لَا تُوجِبُ إِلَّا قِيمَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّهُ لَا مَنْعَ مِنْهُ إِلَّا فِي رَقَبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلِأَنَّ دَفْعَ القِيمَةِ كَدَفْعِ العَبْدِ وَذَلِكَ لَا يَتَكَرَّرُ، فَهَذَا كَذَلِكَ، وَيَتَضَارَبُونَ بِالحِصَصِ فِيهَا، ....

قوله: [٢/٥٠٨/أ] (ولا تخيير بين الأقل والأكثر) جواب لسؤال، وهو أن يقال: ينبغي أن يخير المولى بين الأقل كما أنه يخير في القن بين الدفع وفداء الأرش، والقيمة في المدبر بمنزلة الدفع، فقال لا تخيير؛ لأنه لا يفيد في جنس واحد.

قوله: (لا توجب إلا قيمة واحدة)، وعند الأئمة الثلاثة: هو كالقن، وكذا في أم الولد عندنا، وبه قال الشافعي في قول، وفي قول يفديها كلما جنت، وهو اختيار المزني، وقول مالك لمنعه حق ولي[1] الجناية في بيعها بالاستيلاد.

وقلنا: القيمة بينهما بمنزلة عين العبد، والعبد إذا جنى جنايات، وجب دفعه بالجنايات، ولا يجب أكثر من ذلك فكذا هاهنا، كذا في الإيضاح.

قوله: (ويتضاربون بالحصص فيها) أي: في القيمة، وتعين قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه.

ومن صورته ما ذكره في المبسوط، مدبر قتل رجلًا خطأ، وقيمته ألف، فزادت قيمته إلى ألفين، ثم قتل آخر خطأ، ثم أصابه عيب، فرجعت قيمته إلى خمسمائة، ثم قتل آخر خطأ، فعلى مولاه ألفا درهم؛ لأنه جنى على[2] الثاني، وقيمته ألفان.

ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامنًا قيمته ألفين[3]، فسلم

---

(١) في الأصل: (وفي)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) في الأصل (عن)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصول الخطية (ألفان)، والصواب ما أثبتناه.

وَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ المَنْعَ فِي هَذَا الوَقْتِ يَتَحَقَّقُ.

قَالَ: (فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى، وَقَدْ دَفَعَ المَوْلَى القِيمَةَ إِلَى وَلِيِّ الأُولَى بِقَضَاءٍ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ عَلَى الدَّفْعِ. قَالَ: (وَإِنْ كَانَ المَوْلَى دَفَعَ القِيمَةَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ، فَالوَلِيُّ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ المَوْلَى، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ وَلِيَّ الجِنَايَةِ، وَهَذَا عِنْدَ

الألف من هذا الولي الأوسط خاصة؛ لأن لولي الجناية الأولى حقه في الألف؛ لأن قيمته يوم جنايته [ألف][1] وخمسمائة من هذا الألف الباقي لولي الجناية الأولى والأوسط خاصة؛ لأن لولي القتيل الثالث في حقه خمسمائة؛ لأن قيمته يوم جنايته خمسمائة، ثم الأول والأوسط يضرب في الخمسمائة التي بينهما، فيضرب الأول بعشرة آلاف، والأوسط بتسعة آلاف؛ لأنه وصل إليه من حقه ألف فيجعل الخمسمائة تسعة عشر سهمًا، فيضرب الأول عشرة، والأوسط تسعة.

والخمسمائة الباقية بينهم جميعًا، يضرب الأول بعشرة آلاف، إلا ما أخذ؛ لأنه وصل إليه شيء من حقه فلا يضرب به، وكذا الأوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين، ولهما يضرب بما بقي من حقه، والثالث يضرب بعشرة فيها بعشرة آلاف.

ولو قتل المدبر رجلًا خطأ، وقيمته ألف، فدفعه للولي بقضاء، ثم رجعت قيمته إلى خمسمائة، ثم قتل آخر فإن خمسمائة مما أخذ الأول للأول خاصة، والخمسمائة الباقية بينهما، يضرب فيها الأول بعشرة آلاف إلا خمسمائة، والآخر بعشرة آلاف، فيكون ذلك مقسومًا بينهما على تسعة وثمانين سهمًا؛ لأنه يجعل كل سهم خمسمائة سهم.

(لأنه) أي: المولى **(مجبور على الدفع)** لأن القاضي يجبره على الدفع، ولكن يرجع، وفي الجناية الثانية على ولي القتيل الأول، فيأخذ منه نصف القيمة، إذا كانت قيمته في الحالين سواء.

قوله: (فالولي بالخيار) أي: ولي الجناية الثانية بالخيار، إن شاء رجع على

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا شَيْءَ عَلَى المَوْلَى) لِأَنَّهُ حِينَ دَفَعَ لَمْ تَكُن الجِنَايَةُ الثَّانِيَةُ مَوْجُودَةً، فَقَدْ دَفَعَ كُلَّ الحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ بِالقَضَاءِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ المَوْلَى جَانٍ بِدَفْعِ حَقِّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ طَوْعًا، وَوَلِيُّ الأُولَى ضَامِنٌ بِقَبْضِ حَقِّهِ ظُلْمًا، فَيَتَخَيَّرُ، وَهَذَا لِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ حُكْمًا مِن وَجْهٍ، وَلِهَذَا يُشَارِكُ وَلِيُّ الجِنَايَةِ الأُولَى، وَمُتَأَخِّرَةٌ حُكْمًا، مِن حَيْثُ إِنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا، فَجُعِلَتْ كَالمُقَارِنَةِ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ لِإِبْطَالِهِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مِن حَقِّ وَلِيِّ الثَّانِيَةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ .(وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى المُدَبَّرَ، وَقَدْ جَنَى جِنَايَاتٍ، لَمْ تَلْزَمْهُ إِلَّا قِيمَةٌ

المولى بنصف قيمته، ثم المولى يرجع على ولي القتيل الأول بما دفع لولي الثاني؛ لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه، وهو نظير[1] الوصي إذا قضى دين أحد الغريمين من التركة ولم يعلم بالدين الآخر، أو قضى دين غريم [ثم][2] حدث دين آخر بسبب كان من الميت في حياته، كذا في شرح الطحاوي.

قوله: (وصار كما إذا دفع بالقضاء) لأنه فعل غير ما يفعله القاضي، فيكون القضاء وعدمه سواء، كما في الرجوع في الهبة، وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها، ولا يصير بالدفع متعديًا؛ لأنه حين دفعه لم تكن الجناية الثانية موجودة، فلم يكن بهذا الدفع جانيًا في حق الثاني؛ لأن السبب الموجب لحق الثاني وهو الجناية لم يوجد، فلا يضمن له شيئًا.

قوله: (لأن الثانية مقارنة) أي: للجناية الأولى **(حكمًا من وجه)** لأن المولى منع الرقبة من الدفع بالتدبير السابق، وذلك في حق أولياء الجنايتين سواء، فيجعل في حقهم كأنه دفع القيمة بعد الجنايتين جميعًا، وهناك إن دفع بالقضاء جميع القيمة إلى أحدهما لم يضمن الثاني شيئًا، وإن دفع بغير قضاء كان للثاني الخيار، فهذا مثله، والدليل على أن المعتبر لهذا أن للثاني حق المشاركة مع الأول في تلك القيمة، ولا يكون ذلك إلا باعتبار ما بينا، وهو أنه يجعل كأنه جنى عليهما في حالة واحدة، كذا في المبسوط.

قوله: (عملا بالشبهين) يعني لما علمنا بشبه التأخير في ضمان الجناية حتى

---

(١) في الأصل: (نظر)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَاحِدَةٌ) لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا وَجَبَ عَلَيْهِ بِالْمَنْعِ، فَصَارَ وُجُودُ الإِعْتَاقِ مِن بَعْدُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ (وَأُمُّ الوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ المُدَبَّرِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا) لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ مَانِعٌ مِن الدَّفْعِ كَالتَّدْبِيرِ (وَإِذَا أَقَرَّ المُدَبَّرُ بِجِنَايَةِ الخَطَإِ، لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ، وَلَا يَلْزَمُهُ بِهِ شَيْءٌ، عَتَقَ أَوْ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ مُوجَبَ جِنَايَةِ الخَطَإِ عَلَى سَيِّدِهِ، وَإِقْرَارُهُ بِهِ لَا يَنْفُذُ عَلَى السَّيِّدِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ غَصْبِ العَبْدِ وَالمُدَبَّرِ وَالصَّبِيِّ وَالجِنَايَةِ فِي ذَلِكَ

قَالَ: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدِهِ، ثُمَّ غَصَبَهُ رَجُلٌ وَمَاتَ فِي يَدِهِ مِن القَطْعِ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَإِنْ كَانَ المَوْلَى قَطَعَ يَدَهُ فِي يَدِ الغَاصِبِ، فَمَاتَ مِن ذَلِكَ فِي يَدِ الغَاصِبِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَالفَرْقُ: أَنَّ الغَصْبَ قَاطِعٌ لِلسِّرَايَةِ، لِأَنَّهُ سَبَبُ المِلْكِ

اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع.

قوله: (فصار وجود الإعتاق وعدمه بمنزلة)، وعند الأئمة الثلاثة: الإعتاق [٢/٥٠٨/ب] فيه كالإعتاق في القن، وإعتاق أم الولد كإعتاق المدبر عندنا، والشافعي في قول.

قوله: (وإذا أقر المدبر) إلى آخره، ولا يعلم فيه خلاف.

بَابُ غَصْبِ الْعَبْدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالصَّبِيِّ وَالْجِنَايَةِ فِي ذَلِكَ

لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما، وذكر حكم من يلحق بهما.

قوله: (والفرق أن الغصب قاطع للسراية) إلى آخره، ذكر قاضي خان في جامعه: قال بعض مشايخنا: إن الغصب من أسباب الملك؛ لما عرف من مذهبنا أن المضمونات تملك عند أداء الضمان، فإذا تخلل الغصب بين الجناية تنقطع السراية، كما لو تخلل بينهما بيع، وصار كأنه غصب عبدًا أقطع ومات عنده لا من القطع.

أما لو قطع يده عند الغاصب صار مستردًا للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند

كَالبَيْعِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ، فَتَجِبُ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ، وَلَمْ يُوجَد القَاطِعُ فِي الفَصْلِ الثَّانِي، فَكَانَتْ السِّرَايَةُ مُضَافَةً إِلَى البِدَايَةِ، فَصَارَ المَوْلَى مُتْلِفًا فَيَصِيرُ مُسْتَرِدًّا، كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ وَهُوَ اسْتِرْدَادٌ فَيَبْرَأُ الغَاصِبُ عَنِ الضَّمَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا غَصَبَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ فَمَاتَ فِي يَدِهِ، فَهُوَ ضَامِنٌ) لِأَنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ مُؤَاخَذٌ بِأَفْعَالِهِ.

القطع، ولهذا لو قطع المشتري يد المبيع قبل القبض يصير قابضًا، وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية، فيبرأ الغاصب عن الضمان، ثم قال: إلا أن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب قضاء أو رضًا؛ لأن السراية إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك، وتبدل الملك عند تملك البدل، أما قبله فلا نص عليه، ذكره في آخر رهن الجامع.

إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة عبد أقطع؛ لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم، فانعقد سبب الضمان، فلا يبرأ الغاصب عنه، إلا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع لأن الشيء إنما[1] يرتفع بما فوقه أو مثله، ويد الغاصب عليه حقيقة وحكمًا، وتثبت يد المولى عليه باعتبار السراية حكمًا، والثابت حكمًا دون الثابت[2] حقيقة [وحكمًا][3] فلم يرتفع الغصب بإيصال السراية إلى فعل المولى، فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى بعد الغصب يرتفع بها.

قوله: (كيف وأنه) أي: والحال أن المولى (استولى عليه) فكيف لا يكون مستردًّا.

قوله: (لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله) أي: في حال رقه، أما الأقوال فيؤاخذ به بعد العتق، فكان ذكر المحجور احترازًا عن المأذون، فإنه يؤاخذ بالأقوال أيضًا عندنا.

---

(١) في الأصل: (لهما) والمثبت من الثانية.
(٢) في الأصل: (الناس) والمثبت من الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى المَوْلَى، فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً أُخْرَى، فَعَلَى المَوْلَى قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّ المَوْلَى بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ أَعْجَزَ نَفْسَهُ عَنِ الدَّفْعِ مِن غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، فَيَصِيرُ مُبْطِلًا حَقَّ أَوْلِيَاءِ الجِنَايَةِ، إِذْ حَقُّهُمْ فِيهِ وَلَمْ يَمْنَعْ إِلَّا رَقَبَةً وَاحِدَةً فَلَا يُزَادُ عَلَى قِيمَتِهَا، وَيَكُونُ بَيْنَ وَلِيِّ الجِنَايَتَيْنِ نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي المُوجَبِ. قَالَ: (وَيَرْجِعُ المَوْلَى بِنِصْفِ قِيمَتِهِ عَلَى الغَاصِبِ) لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ نِصْفَ البَدَلِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الغَاصِبِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ العَبْدِ بِهَذَا السَّبَبِ.

قَالَ: (وَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَى، ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الغَاصِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ، فَيُسَلَّمُ لَهُ) لِأَنَّ الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ المَوْلَى عَلَى الغَاصِبِ عِوَضُ مَا سَلَّمَ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَى، فَلَا يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى اجْتِمَاعِ البَدَلِ وَالمُبْدَلِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَكَيْلَا يَتَكَرَّرَ الِاسْتِحْقَاقُ.

وَلَهُمَا: أَنَّ حَقَّ الأَوَّلِ فِي جَمِيعِ القِيمَةِ، لِأَنَّهُ حِينَ جَنَى فِي حَقِّهِ لَا يُزَاحِمُهُ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِاعْتِبَارِ مُزَاحَمَةِ الثَّانِي، فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِن بَدَلِ العَبْدِ فِي يَدِ المَالِكِ فَارِغًا ....

قوله: (قيمته بينهما نصفان) أي: ولي الجنايتين.

قوله: (من غير أن يصير مختارًا) لانعدام علمه وقت التدبير بجناية تحدث عنه في المستقبل.

قوله: (يدفعه) [أي][1]: يدفع المولى ما أخذ من نصف القيمة من الغاصب، ثم يرجع بذلك على الغاصب.

(وعند محمد: يسلم له) أي: للمولى، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

قوله: (فإذا وجد شيئًا) أي: إذا وجد ولي الجناية الأولى شيئًا.

(في يد المالك فارغًا) أي: من مزاحمة ولي الجناية الثانية من بدل العبد يأخذه؛ لأنه مقدم على المولى.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

يَأْخُذُهُ لِيُتِمَّ حَقَّهُ، فَإِذَا أَخَذَهُ مِنْهُ يَرْجِعُ الْمَوْلَى بِمَا أَخَذَهُ عَلَى الْغَاصِبِ، لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مِن يَدِهِ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ جَنَى عِنْدَ الْمَوْلَى، فَغَصَبَهُ رَجُلٌ، فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً أُخْرَى: فَعَلَى الْمَوْلَى قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ الْقِيمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ، غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ حَصَلَ بِالْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ، إِذْ كَانَتْ هِيَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، فَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ. ثُمَّ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ. فَقَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَجَنَى فِي يَدِهِ، ثُمَّ رَدَّهُ فَجَنَى جِنَايَةً أُخْرَى، فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيَّي الْجِنَايَتَيْنِ، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِنِصْفِ الْقِيمَةِ، فَيَدْفَعُهُ إِلَى الْأَوَّلِ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي

وأما ما قاله محمد رحمه الله من الجمع بين البدل والمبدل فقلنا: نعم كذلك في حق المولى والغاصب؛ لأن ما أخذه المولى من الغاصب بدل المدفوع إلى ولي الجناية الأولى، أما في حق المجني عليه هو عوض ما لم يسلم لولي الجناية الأولى، فالاعتبار لمن يستقر عنده وهو المجني عليه ومثله جائز، كالذمي إذا باع خمره ويقضي به دين المسلم، يجوز للمسلم أخذه؛ لأن الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي، وعوض عن الدين في حق المسلم، فلذلك حل له أخذها، فعلم بهذا أن الشيء الواحد يجوز أن يكون بدلا عن عين في حق إنسان، وبدلا عن شيء آخر في حق غيره.

قوله: (غير أن الاستحقاق) ذكر هذا الاستثناء لبيان الفرق بين المسألة الأولى والثانية عندهما، حيث لا يرجع عندهما أيضًا؛ لأنه إنما استحق عليه بسبب كان عنده، فلا يرجع به على غيره.

قوله: (ثم وضع المسألة في العبد) أي: وضع محمد هذه المسألة في الجامع الصغير في العبد بعدما وضعها في حق المدبر؛ لأن كلتا المسألتين مذكورتان في الجامع الصغير.

فالجواب كالجواب في المدبر، إلا أن المولى يدفع العبد، وفي المدبر يدفع القيمة.

قوله: (ويرجع به) أي: بذلك النصف الذي أعطاه إلى ولي الجناية.

حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ القِيمَةِ فَيُسَلِّمُ لَهُ، وَإِنْ جَنَى عِنْدَ المَوْلَى، ثُمَّ غَصَبَهُ، فَجَنَى فِي يَدِهِ دَفَعَهُ المَوْلَى نِصْفَيْنِ، وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ فَيَدْفَعُهُ إِلَى الأَوَّلِ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ) وَالجَوَابُ فِي العَبْدِ كَالجَوَابِ فِي المُدَبَّرِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، إِلَّا أَنَّ فِي هَذَا الفَصْلِ يَدْفَعُ المَوْلَى العَبْدَ وَفِي الأَوَّلِ يَدْفَعُ القِيمَةَ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا، فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى المَوْلَى، ثُمَّ غَصَبَهُ، ثُمَّ جَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً، فَعَلَى المَوْلَى قِيمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّهُ مَنَعَ رَقَبَةً وَاحِدَةً بِالتَّدْبِيرِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةٌ وَاحِدَةٌ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ عَلَى الغَاصِبِ) لِأَنَّ الجِنَايَتَيْنِ كَانَتَا فِي يَدِ الغَاصِبِ (فَيَدْفَعُ نِصْفَهَا إِلَى الأَوَّلِ) لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ كُلَّ القِيمَةِ، لِأَنَّ عِنْدَ وُجُودِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ لَا حَقَّ لِغَيْرِهِ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِحُكْمِ المُزَاحِمَةِ مِن بُعْدِ. قَالَ: (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الغَاصِبِ) لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بِسَبَبٍ كَانَ فِي يَدِهِ وَيُسَلِّمُ لَهُ، وَلَا يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَى، وَلَا إِلَى وَلِيِّ الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ، لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي النِّصْفِ لِسَبْقِ حَقِّ الأَوَّلِ وَقَدْ وَصَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: هَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى الِاخْتِلَافِ كَالأُولَى، وَقِيلَ عَلَى الِاتِّفَاقِ. وَالفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ: أَنَّ فِي الأُولَى الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ عِوَضٌ عَمَّا سَلِمَ لِوَلِيِّ الجِنَايَةِ الأُولَى، لِأَنَّ الجِنَايَةَ الثَّانِيَةَ كَانَتْ فِي يَدِ المَالِكِ، فَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَانِيًا: يَتَكَرَّرُ الِاسْتِحْقَاقُ، فَأَمَّا فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ؛ فَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ عِوَضًا عَن الجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ لِحُصُولِهَا فِي يَدِ الغَاصِبِ فَلَا يُؤَدِّي إِلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ صَبِيًّا حُرًّا، فَمَاتَ فِي يَدِهِ فَجْأَةً، أَوْ بِحُمَّى: فَلَيْسَ عَلَيْهِ

قوله: (ثم قيل: هذه) أي: هذه المسألة (على الاختلاف) أي: الدفع إلى ولي الجناية الأولى.

قوله: (فلا يؤدي إلى ما ذكرناه) وهو تكرر الاستحقاق.

قوله: (غصب صبيًّا حرًّا) أي: لا يعبر عن نفسه، ذكره في الكافي.

وذكر الغصب في الحر مجاز؛ لأن الغصب [٢/٥٠٩/أ] لا يتحقق إلا في الأموال، ولكن أراد به الذهاب بالصبي بغير إذن وليه.

شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ مِن صَاعِقَةٍ، أَوْ نَهْسَةِ حَيَّةٍ، فَعَلَى عَاقِلَةِ الغَاصِبِ الدِّيَةُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا يَضْمَنَ فِي الوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ الغَصْبَ فِي الحُرِّ لَا يَتَحَقَّقُ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُكَاتَبًا صَغِيرًا لَا يَضْمَنُ مَعَ أَنَّهُ حُرٌّ يَدًا، فَإِذَا كَانَ الصَّغِيرُ حُرًّا رَقَبَةً وَيَدًا أَوْلَى. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِالغَصْبِ، وَلَكِنْ يَضْمَنُ بِالإِتْلَافِ، وَهَذَا إِتْلَافٌ تَسَبُّبًا، لِأَنَّهُ نَقَلَهُ إِلَى أَرْضٍ مَسْبَعَةٍ أَوْ إِلَى مَكَانِ الصَّوَاعِقِ، وَهَذَا لِأَنَّ الصَّوَاعِقَ وَالحَيَّاتِ وَالسِّبَاعَ لَا تَكُونُ فِي كُلِّ مَكَانٍ، فَإِذَا نَقَلَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ، وَقَدْ أَزَالَ حِفْظَ الوَلِيِّ فَيُضَافُ إِلَيْهِ، لِأَنَّ شَرْطَ العِلَّةِ يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ العِلَّةِ إِذَا كَانَ تَعَدِّيًا كَالحَفْرِ فِي الطَّرِيقِ، بِخِلَافِ المَوْتِ فَجْأَةً أَوْ بِحُمَّى، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الأَمَاكِنِ، حَتَّى لَوْ نَقَلَهُ إِلَى مَوْضِعٍ يَغْلِبُ فِيهِ الحُمَّى وَالأَمْرَاضُ نَقُولُ: بِأَنَّهُ يَضْمَنُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ لِكَوْنِهِ قَتْلًا تَسْبِيبًا.

قوله: (وهو) أي: القياس (قول زفر والشافعي) وبه قال مالك، وأحمد.

قوله: (لكونه قتلا لا[1] تسبيبا).

فإن قيل: يشكل عليه المكاتب الصغير والحر الكبير الذي يعبر عن نفسه، فإنه لا ضمان فيهما بالنقل إلى هذه المواضع بالاتفاق.

قلنا: المكاتب في يد نفسه وإن كان صغيرًا ذكره السغدي في شرح الزيادات.

وأما الحر الكبير إذا نقله إلى هذه المواضع ينظر إن قيده غاصبه حتى أصابه، ولم يمكنه التحرز عنه يضمن الغاصب؛ لأنه منعه عن حفظ نفسه [حتى لو لم يمنعه عن حفظ نفسه][2] لا يضمن؛ لأن العاقل لو لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافًا إلى تقصيره لا إلى الغاصب، فلا يضمن كالمشي على البئر مع العلم به فوقع، لا يضمن الحافر، بخلاف الصغير فإنه عاجز عن حفظ نفسه عن أسباب التلف، كالماشي على البئر بغير العلم بالبئر، كذا ذكره المحبوبي.

---

(١) كذا بالأصل، وهي غير موجودة بالمتن والنسختين.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا أُودِعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ: فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَةُ، وَإِنْ أُودِعَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ، لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُ فِي الوَجْهَيْنِ جَمِيعًا(*)، وَعَلَى هَذَا إِذَا أُودِعَ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ مَالًا فَاسْتَهْلَكَهُ لَا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ فِي الحَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ: يُؤَاخَذُ بِهِ فِي الحَالِ. وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الإِقْرَاضُ وَالإِعَارَةُ فِي العَبْدِ وَالصَّبِيِّ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي أَصْلِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ: صَبِيٌّ قَدْ عَقَلَ، وَفِي الجَامِعِ الكَبِيرِ وَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي صَبِيٍّ ابْنِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيْرَ العَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ، ....

قوله: (فعلى عاقلته) أي: عاقلة الصبي (الدية).

قيل: المراد القيمة فبها صرح فخر الإسلام، والصدر الشهيد رحمهما الله، وآثر لفظ الدية؛ لأنها بإزاء الآدمية، والقيمة بإزاء المالية، وفي العبد بإزاء الآدمية عند أبي حنيفة، ومحمد.

وفي شرح الطحاوي: أودع عند صبي مالًا فهلك في يده فلا ضمان عليه بالإجماع، وإن استهلكه الصبي إن كان الصبي مأذونًا له في التجارة يضمن الصبي بالإجماع، وإن كان محجورًا إن قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالإجماع، وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، ومحمد رحمهما الله، لا في الحال ولا بعد الإدراك.

وقال أبو يوسف، والشافعي رحمهما الله: يضمن في الحال، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير بلا وديعة يضمن في الحال بالإجماع، وبقول أبي يوسف والشافعي قال مالك، وأحمد.

قوله: (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق)، وهكذا ذكر فخر الإسلام في جامعه.

وأما في غيره من شروح[1] الجامع الصغير كجامع أبي اليسر، وقاضي

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(١) في الأصل: (شرح) والمثبت من الثانية.

لِأَنَّ التَّسْلِيطَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ، وَفِعْلُهُ مُعْتَبَرٌ، لَهُمَا: أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مُتَقَوَّمًا مَعْصُومًا حَقًّا لِمَالِكِهِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، كَمَا إِذَا كَانَتْ الوَدِيعَةُ عَبْدًا، وَكَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ المُودَعِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ: أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ، كَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ بِإِذْنِهِ وَرِضَاهُ، وَهَذَا لِأَنَّ العِصْمَةَ تَثْبُتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ فَوَّتَهَا عَلَى نَفْسِهِ، حَيْثُ وَضَعَ المَالَ فِي يَدٍ مَانِعَةٍ، فَلَا يَبْقَى مُسْتَحِقًّا لِلنَّظَرِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ غَيْرَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي الحِفْظِ، وَلَا إِقَامَةَ هَاهُنَا، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الِاسْتِقْلَالِ

خان، والتمرتاشي: فالحكم على خلاف هذا، حيث قالوا فيما إذا كان الصبي عاقلًا فلا يضمن في قولهم.

وقوله: **(حقًّا)** متعلق بقوله: **(معصومًا)** أي: معصومًا لأجل المالك، فيجب عليه الضمان؛ لأن هذا ضمان استهلاك، وضمان الاستهلاك ضمان فعل، والصبي والبالغ فيه سواء، ولأن إيداعه باطل لأنه استحفاظ من لا يحفظ فكأنه لم يودعه، وجاء وأتلفه، واستحفاظ من لا يحفظ تضييع المال، وكأنه ألقاه على قارعة الطريق، ولو فعل ذلك فأتلفه الصبي كان ضامنًا، فهذا مثله، كذا في المبسوط.

(كما إذا أتلفه غيره) أي: غير الصبي حيث يضمن، ولو كان التسليط على الاستهلاك ثابتًا في حق الصبي المودع، لثبت في حق غيره أيضًا؛ لأن المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح، وكان لكل واحد ولاية استهلاكه من غير ضمان.

قوله: **(لأن العصمة تثبت حقًّا)** أي: للمالك **(وقد فوتها على نفسه، حيث وضع المال في يد مانعة)** أي: مانعة من الإيداع والإعارة في أنه لا ولاية عليه، فإن الأصل أن كل يد مانعة على معنى أنها تمنع يد غيره عليه، إلا إذا أقام يد غيره مقام يده، وهاهنا لم يقم يده مقام يده؛ لعدم الولاية له عليه، فكان التضييع من جهته، بخلاف البائع والمأذون له حيث يضمنان بالإجماع؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فيصح الإيداع عندهما، وبعد صحة الإيداع لو أتلف المودع الوديعة يضمن.

عَلَى الصَّبِيِّ، وَلَا لِلصَّبِيِّ عَلَى نَفْسِهِ، بِخِلَافِ البَالِغِ وَالمَأْذُونِ لَهُ، لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةً عَلَى أَنْفُسِهِمَا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَت الوَدِيعَةُ عَبْدًا، لِأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ، إِذْ هُوَ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ، لِأَنَّهُ سَقَطَت العِصْمَةُ بِالإِضَافَةِ إِلَى الصَّبِيِّ الَّذِي وَضَعَ فِي يَدِهِ المَالَ دُونَ غَيْرِهِ. قَالَ:

قوله: (لأن عصمته لحقه) أي: عصمة العبد لحق العبد لا باعتبار أن المالك يعصمه؛ لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك، حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليس للمولى استهلاك عبده، فلا يجوز أن يمكن غيره من الاستهلاك، فلما لم يوجد التسليط يضمن المستهلك، سواء كان المستهلك صغيرًا أو كبيرًا، بخلاف سائر الأموال، فإن للمالك أن يستهلكه شرعًا، فيصح تسليطه، وإنما لا يطلق له ذلك لكون الفعل سفهًا، لأنه غير مملوك، كذا في الإيضاح.

وفي الأسرار: المولى بحكم يده ما كان يملك قتل عبده؛ لأنه أجنبي في حق روحه وحياته، والعبد فيه كالحريم.

قال: ولو قيل: هذا الجواب يبطل بما لو كانت شاة فخنقها الصبي أو العبد، فإنه لا يضمن، ورب الشاة ما كان يملكه بحكم ملكه.

قلنا: إنما يملك بحكم ملكه التصرف في حياتها، فإنه يذبحها، [٢/٥٠٩/ب] ولكنه لا يملك الخنق؛ لأنه تضييع للمال، لا لأنه إتلاف لم يصح، وفي مسألة العبد لا يملك حياته ولا التصرف فيها بحكم أنه تضييع، ولكن بحكم أنه أجنبي عنه.

ألا ترى أنه لو أقر عليه بالقصاص لا يصح قوله؛ إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم.

فلما كان كذلك لم يصح الإيداع في حقه؛ إذ الحر لا يجوز أن يكون وديعة غيره؛ فلذلك لم يتناوله الإيداع والتسليط.

قوله: (بالإضافة إلى الصبي) دون غيره؛ لأن التسليط وجد [في][1] حق

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.

(وَإِنْ اسْتَهْلَكَ مَالًا، ضَمِنَ) يُرِيدُ بِهِ مِن غَيْرِ إِيدَاعٍ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ يُؤَاخَذُ بِأَفْعَالِهِ، وَصِحَّةُ القَصْدِ لَا مُعْتَبَرَ بِهَا فِي حُقُوقِ العِبَادِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الصبي دون غيره، فصار مال الوديعة عند الصبي بمنزلة من له القصاص، فإنه غير معصوم الدم في حق من له القصاص، ومعصوم في حق غيره، فكذا هاهنا.

فإن قيل: يشكل عليه ما لو استهلك الصبي الوديعة ثم استحقها مستحق وضمن الصبي، فلم يرجع الصبي على الآمر، ولو كان الإيداع منه تسليطًا لرجع عليه، كما لو قال له: أتلف هذا المال، فأتلفه، فاستحق، فإنه يرجع بما ضمن على الآمر.

قلنا: لا يرد هذا السؤال؛ لأن التسليط يمكن له بإثبات يده لا بأمر وطلب استعمال، وكان نظير ما لو قال للصبي: أبحت لك أن تأكل هذا المال، فأكل ثم استحق وضمنه لم يرجع على المبيح، فكذا إذا أثبت يده عليه لا يباح له بهذا، ولا يكون محمولًا على التصرف.

أما أمره بالإتلاف فقد استعمله وحمله عليه، ألا ترى أنه لو كان عبدًا غاصبًا له بالاستعمال بأمره، وإذا صار مستعملًا له صار ضامنًا له السلامة عن عهدة ما باشره باستعماله.

فإن قيل: لو كان الإيداع من الصبي تسليطًا له على الإتلاف ينبغي أن يضمن الأب مال الوديعة بتسليمه إلى ابنه الصغير ليحفظها؛ إذ المودع يضمن بالتضييع، ومع ذلك لا يضمن، وكذا لو دفع مال الصبي إلى الصبي لا يضمن إذا تلف في يده، ولو كان تضييعًا بالتسليط ينبغي أن يضمن.

قلنا: إنما لا يضمن بالوديعة إليه؛ لأنه في عياله، ولو حفظ الوديعة بيد من في عياله فكانت يد الصبي كيد الأب، ولو هلكت الوديعة في يد الأب لا يضمن، فكذلك في يد من في عياله، الكل من الأسرار، وجامع المحبوبي.

وفي المبسوط: لهما أن رب الوديعة سلطه على ماله حين دفعه إليه، وفي تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام: تسليط باعتبار العادة، إذ عادة الصبيان

إتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الأمور، فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير كالآذن له في الإتلاف، وبقوله: احفظه لا يخرج عن كونه إذنًا له بالإتلاف؛ لأنه خاطب بهذا من لا يحفظ، فهو كمُقَدِّمِ الشعير بين يدي الحمار وقال: لا تأكل، بخلاف العبد والأمة؛ لأنه ليس من عادة الصبيان قتلهما؛ لأنهم يهابون القتل، فلا يكون إقدامه تسليطًا على القتل.

أما في الدابة فإنهم يركبون الدواب، فيثبت التسليط في الدابة بطريق العادة.

والأصح أن نقول معنى التسليط تحويل يده في المال إليه، فإن المالك باعتبار يده كان متمكنًا من استهلاكه، فإذا حول يده صار مُمكّنًا له من استهلاكه بالغًا كان المودع أو صبيًّا، إلا أن بقوله: احفظه [قصد أن يكون][1] هذا التحويل مقصورًا على الحفظ دون غيره، وهذا صحيح في حق البائع باطل في حق الصبي؛ لأنه التزام بالعقد، والصبي من أهله، فبقي التحويل على الاستهلاك بتحويل اليد مطلقًا، بخلاف العبد والأمة فإنه باعتبار يده ما كان متمكنًا من قبل الآدمي، فتحويل اليد لا يكون تسليطًا على قتله.

بَابُ الْقَسَامَةِ

لما بين أحكام القتل شرع فيما يؤول أمر القتل في بعض الأوقات، ثم من محاسن القسامة خلاص من يتهم بالقتل عن القصاص، وصيانة دم المقتول عن الإهدار بإيجاب الدية، وتعظيم أمر الدماء بتكرير[2] الأيمان، وتعيين الخمسين ثبت بالأحاديث المشهورة.

ثم القسامة لغة: مصدر أقسم قسامة، أو اسم وضع موضع الإقسام على بناء الغرامة والحمالة، ثم قيل للأيمان المكررة في دعوى القتل على أهل محلة، أو دار، أو موضع قريب في الشرع.

وقيل: أهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون، سموا بالمصدر كما يقال: رجل عدل، وأي الأمرين كان فهو من القسم الذي هو الحلف.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من الثانية.
(٢) في الأصل: (بتكر) والمثبت من الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ، وَلَا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ، ....

وسببها: وجود القتيل في المحلة، أو فيما في معناها.

وركنها: قولهم بالله ما قتلناه، وما علمنا له قاتلًا.

وشرطها: أن يكون المقسم رجلًا بالغًا حرًّا، والنساء لا يدخلن في [٢/ ٥١٠/أ] القسامة عند أكثر أهل العلم، إلا عند مالك، فإنه قال: لهن مدخل في القسامة الخطأ دون العمد.

وحكمها: القضاء بوجوب الدية بعد الحلف، سواء كان الدعوى في القتل الخطأ أو العمد عند أكثر أهل العلم.

وقال مالك، والشافعي في القديم، وأحمد: إن كان الدعوى في القتل العمد إذا حلفوا[1] الأولياء بعد يمين أهل المحلة يستحقون القود كما يجيء.

والأصل في القسامة ما روى يحيى بن سعيد الأنصاري عن بشر بن يسار عن سهل بن أبي حثمة الأنصاري ورافع بن خديج «أن[2] محيصة بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا إلى خيبر فتفرقا في النخيل، فقتل عبد الله بن سهل في قليب من قلب خيبر، فاتهموا اليهود، فجاء أخوه عبد الرحمن وابنا عمه حويصة ومحيصة إلى النبي ﷺ، فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه، وهو أصغرهم، فقال ﷺ «**الكبرُ الكبرُ، أو قالَ لِيبدَأ الأكبرُ الأكبرُ**».

قال عليه الصلاة والسلام: «**تُبرِّئُكُم اليهودُ بأيْمانِها**» فقالوا: يا رسول الله، لا نرضى بأَيْمَان قوم كفارٍ، فقال ﷺ «**أتحلِفونَ وتَستَحِقُّونَ دمَ صاحِبكُم**» فقالوا: كيف نحلف على أمرٍ لم نشهده، فكره رسول الله ﷺ أن يُبطل دمه فوَدَاهُ من إبل الصدقة، متفق عليه.

قوله: (**ولا يعلم من قتله**) ويشترط أن يكون في القتيل أثر القتل من جراحة أو ضرب أو تخنيق، أما لو وجد ميتًا لا أثر به فلا قسامة ولا دية، يتخيرهم الوليُّ، بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلًا، هذا بطريق الحكاية عنهم.

---

(١) في الأصل (حلوا)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (بن) والمثبت من الثانية.

اسْتُحْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ، يَتَخَيَّرُهُمْ الوَلِيُّ: بِاَللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إذَا كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ اسْتَحْلَفَ الأَوْلِيَاءُ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَيَقْضِي لَهُمْ بِالدِّيَةِ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ، عَمْدًا كَانَت الدَّعْوَى أَوْ خَطَأً.

أما عند التحليف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلًا، ولا يحلف بالله ما قتلنا؛ لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجتزئ بيمينه بالله ما قتلنا.

فإن قيل: يجوز أن يجتزئ أيضًا في قوله: ما قتلت على يمينه؛ لجواز أنه قتله مع غيره.

قلنا: إذا قتله مع غيره فكان في يمينه ما قتلته كاذبًا، فإن الجماعة متى قتلوا واحدًا يكون كل واحد منهم قاتلًا، ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم في العمد والكفارة في الخطأ.

قوله: (وقال الشافعي: استحلف الأولياء خمسين يمينا) قبل يمين أهل المحلة، ثم يقضي بالدية على المدعى عليه، عمدًا كان أو خطأ، وهو قوله الجديد.

وقال مالك، وأحمد، والشافعي في القديم: إذا استحلف الأولياء وحلفوا استحقوا القود في دعوى العمد على المدعى عليه، جماعة كان أو واحدًا.

وشرط اللوث عندهم، وعند عدم اللوث فهي كسائر الدعاوى.

واللوث: من لَوَّثَ الماء كدَّرَه، ولوَّثَ ثيابه بالطين فتلوَّثت، ومنه قولهم: لَوثٌ وعداوةٌ أي: شر أو طلب بحقد.

والمراد به عندهم قرينة ظاهرة توقع في القلب صدق المدعي، بأن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه من أثر الدم على ثيابه وغيره، كما ذكر في المتن.

لهم قوله عليه الصلاة والسلام: «**البينةُ علَى المُدَّعي، واليمينُ علَى من أَنكرَ**» ولأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، ولم يظهر كذبه، فكان القول قوله كسائر الدعاوى، وسن القسامة في القتيل الذي وجد بخيبر على خلاف الأصل، وهنا عداوة ظاهرة فيقتصر عليه.

وَقَالَ مَالِكٌ: يَقْضِي بِالقَوَدِ إذَا كَانَت الدَّعْوَى فِي القَتْلِ العَمْدِ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ، وَالمَوْتُ عِنْدَهُمَا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ عَلَامَةُ القَتْلِ عَلَى وَاحِدٍ بِعَيْنِهِ، أَوْ ظَاهِرٍ يَشْهَدُ لِلْمُدَّعِي مِن عَدَاوَةٍ ظَاهِرَةٍ، أَوْ شَهَادَةِ عَدْلٍ، أَوْ جَمَاعَةٍ غَيْرِ عُدُولٍ: أَنَّ أَهْلَ المَحَلَّةِ قَتَلُوهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُن الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ، فَمَذْهَبُهُ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُكَرِّرُ اليَمِينَ، بَلْ يَرُدُّهَا عَلَى الوَلِيِّ، فَإِنْ حَلَفُوا لَا دِيَةَ عَلَيْهِمْ، لِلشَّافِعِيِّ فِي البَدَاءِ بِيَمِينِ الوَلِيِّ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلْأَوْلِيَاءِ: «فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ» وَلِأَنَّ اليَمِينَ تَجِبُ عَلَى مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ، وَلِهَذَا تَجِبُ عَلَى صَاحِبِ اليَدِ، فَإِذَا كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَلِيِّ يَبْدَأُ بِيَمِينِهِ، وَرَدُّ اليَمِينِ عَلَى المُدَّعِي أَصْلٌ لَهُ، كَمَا فِي النُّكُولِ، غَيْرَ أَنَّ هَذِهِ دَلَالَةٌ فِيهَا نَوْعُ شُبْهَةٍ، وَالقِصَاصُ لَا يُجَامِعُهَا، وَالمَالُ يَجِبُ مَعَهَا، فَلِهَذَا وَجَبَت الدِّيَةُ. وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» وَفِي رِوَايَةٍ «عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ» وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ المُسَيِّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَدَأَ بِاليَهُودِ بِالقَسَامَةِ، وَجَعَلَ الدِّيَةَ عَلَيْهِمْ، لِوُجُودِ القَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ» ....

ولنا أن عمر ﷺ قضى بالقسامة والدية في قتيل وجد بين وادعة وأرحب [فقضى] على وادعة؛ لأن القتيل إليها أقرب، فقال وادِعِيٌّ: يا أمير المؤمنين، لا أيمانُنَا تدفع أموالَنَا، ولا أموالُنا تدفع أيمانَنا، فقال عمر: إنما حقنتم بأموالكم دماءكم، وأُغَرِّمُكُم الدية بوجود القتيل بينكم.

ووادعة: قبيلة من همذان، وفي بعض الروايات وُجِدَ قتيلٌ بين حَيَّيْنِ، وقولهم: قول النبي أولى من قول عمر، مُسَلَّمٌ إذا دلَّ قوله عليه الصلاة والسلام قطعًا، ولا يكون محتملًا.

قوله: (القصاص لا يجامعها) أي: لا يجامع الشبهة.

ولنا قوله ﷺ: «**البَيِّنةُ علَى المُدَّعي، واليمينُ علَى مَنْ أنكَرَ**» وفي رواية «**علَى المُدَّعَى علَيهِ**».

وروى الزهري عن ابن المسيب قال: «إنه ﷺ بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم».

وَلِأَنَّ اليَمِينَ حُجَّةٌ لِلدَّفْعِ دُونَ الِاسْتِحْقَاقِ، وَحَاجَةُ الوَلِيِّ إِلَى الِاسْتِحْقَاقِ، وَلِهَذَا

قوله: (ولأن اليمين حجة للدفع) إلى آخره، قد بينا في الدعوى أن اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق فلس، فكيف تصلح حجة صالحة لاستحقاق نفس محترمة؟ خصوصًا في موضع يتبين بأن الحالف مجازف بحلف ما لم يعاينه بأمر محتمل، وهو اللوث، وإنما شرعت اليمين لإبقاء ما كان على ما كان، فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقًّا [٢/ ٥١٠/ب].

وأما رواية «**أَتحلِفونَ وتَستَحِقُّونَ دَمَ صاحِبِكُم؟**» لا تكاد تصح هذه الرواية.

وقد قال جماعة من أهل الحديث: أوهم سهل بن حثمة ما قال ﷺ: «**أَتحلِفونَ وتَستَحقّونَ دَمَ صاحِبِكُم؟**» ولو ثبت فإنما قال على سبيل الاستفهام لا على طريق الحكم والأمر لهم بذلك، يعني أو تستحقون دم صاحبكم؛ لأنه معطوف على الأول فشاركه في الاستفهام؛ إذ لو كان على سبيل الحكم لقال: أتحلفون فتستحقون دم صاحبكم؟.

كما يقال: أتدخل الدار فتبصر الأمر؟ بالنصب، أريد به التعليق بالحكم، وإذا أريد به الاستفهام قيل: أتدخل الدار وتجلس فيها؟ بالرفع أي: تجلس فيها بعد الدخول.

والاستفهام استحقار[١] عن فعله، أتفعله أم لا؟ وليس ببيان أنه يجوز له ذلك، أو هو محمول على الاستفهام بطريق الإنكار، كقوله تعالى: ﴿أَتَأْتُونَ ٱلذُّكْرَانَ مِنَ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٦٥﴾ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم﴾ [الشعراء: ١٦٥-١٦٦]، فكذلك قوله أتحلفون معناه لا تحلفون، كقوله تعالى: ﴿تُرِيدُونَ عَرَضَ ٱلدُّنْيَا﴾ [الأنفال: ٦٧] معناه أتريدون، وكأنه ﷺ رأى منهم الرغبة في حكم الجاهلية حين أبَوْا أيمان اليهود بقولهم: لا نرضى بيمين قوم كفار، فقال ذلك على سبيل الزجر، فلما عرفوا كراهيته ﷺ لذلك رغبوا عنه بقولهم: كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد؟ كذا في المبسوط والأسرار.

وقد روى الطحاوي عن الزهري «أنه ﷺ قضى بالقسامة على المدعى عليهم» وإنما أخذ القسامة عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار عن أناس من أصحاب النبي ﷺ، وكان هذا مما أخذه، وقد وافق ذلك ما

---

(١) الصواب استحقاق.

لَا يَسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ المَالَ المُبْتَذَلَ، فَأَوْلَى أَنْ لَا يَسْتَحِقَّ بِهِ النَّفْسَ المُحْتَرَمَةَ. وَقَوْلُهُ: «يَتَخَيَّرُهُمْ الوَلِيُّ»، إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ خِيَارَ تَعْيِينِ الخَمْسِينَ إِلَى الوَلِيِّ، لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَخْتَارُ مِن يَتَّهِمُهُ بِالقَتْلِ، أَوْ يَخْتَارُ صَالِحِي أَهْلِ المَحَلَّةِ لِمَا أَنَّ تَحَرُّزَهُمْ عَن اليَمِينِ الكَاذِبَةِ أَبْلَغُ التَّحَرُّزِ فَيَظْهَرُ القَاتِلُ، وَفَائِدَةُ اليَمِينِ النُّكُولُ، فَإِنْ كَانُوا لَا يُبَاشِرُونَ وَيَعْلَمُونَ: يُفِيدُ يَمِينَ الصَّالِحِ عَلَى العِلْمِ بِأَبْلَغَ مِمَّا يُفِيدُ يَمِينُ الطَّالِحِ، وَلَو اخْتَارُوا أَعْمَى أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْف: جَازَ، لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ.

قَالَ: (**وَإِذَا حَلَفُوا قَضَى عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ بِالدِّيَةِ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ الوَلِيُّ**) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَجِبُ الدِّيَةُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ

رويناه عن عمر ما فعله وحكم به بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد.

أما أنه وداه عليه الصلاة والسلام بمائة من إبل الصدقة، قيل: إنما وداه لأنه تجوز الحمالة عن أهل الذمة، فإن قضاء دين الغير برٌّ له، وأهل الذمة من أهل البر إليهم، حتى جاز عندنا صرف الكفارات إليهم، وصدقة التطوع، ولا يجوز صرف الزكاة إلا على سبيل الاستقراض على بيت المال، كذا في المبسوط.

قوله: (**لأنه يمين وليس بشهادة**) وبهذا يحترز عن اللعان، حيث لا يجوز اللعان منهما؛ لما أن اللعان شهادة، والمحدود والأعمى لا شهادة لهما، أما هذه فيمين محضة، كذا في المبسوط.

قوله: (**على أهل المحلة بالدية**) أي: على عاقلتهم، فإنه ذكر في المبسوط: يقضى على عاقلة أهل المحلة في ثلاث سنين؛ لأن حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأ، والدية هناك على العاقلة في ثلاث سنين، فهاهنا أولى.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب، قال زفر: القسامة والدية على العاقلة، وقال أبو يوسف: لا قسامة على العاقلة، بل الدية عليهم؛ لأن التحمل يجري في الدية، ولا يجري في اليمين.

قوله: (**وقال الشافعي: لا تجب الدية**) إذا حلف المدعى عليهم، وبه قال مالك، وأحمد، والليث، وأبو ثور.

سَهْلٍ ﷺ: «تُبَرِّئُكُمْ الْيَهُودُ بِأَيْمَانِهَا» وَلِأَنَّ الْيَمِينَ عُهِدَ فِي الشَّرْعِ مُبَرِّئًا لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا مُلْزِمًا كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى. وَلَنَا: أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: جَمَعَ بَيْنَ الدِّيَةِ وَالْقَسَامَةِ فِي حَدِيثِ ابْنِ سَهْلٍ وَفِي حَدِيثِ زِيَادِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ، وَكَذَا جَمَعَ عُمَرُ ﷺ بَيْنَهُمَا عَلَى وَادِعَةَ. وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «تُبَرِّئُكُمُ الْيَهُودُ» مَحْمُولٌ عَلَى الْإِبْرَاءِ عَنِ الْقِصَاصِ وَالْحَبْسِ، وَكَذَا الْيَمِينُ مُبَرِّئَةٌ عَمَّا وَجَبَ لَهُ الْيَمِينُ، وَالْقَسَامَةُ مَا شُرِعَتْ لِتَجِبَ الدِّيَةُ إِذَا نَكَلُوا، بَلْ شُرِعَتْ لِيَظْهَرَ الْقِصَاصُ بِتَحَرُّزِهِمْ

فعندهم: شرعت اليمين في حق المدعيين أولًا فيحلفون خمسين يمينًا، وبرئ من الدية، وإذا لم يحلف قضى بالدية بيمين المدعين، يعني يرد اليمين على المدعين عند الشافعي، وبعد حلفهم يقضي بالدية.

وعند أحمد: يقضي بالدية بمجرد نكوله، وعن أحمد في رواية: أن المدعى عليهم يحبسون حتى يحلفوا، وهو قولنا.

قوله: (**تبرئكم اليهود بأيمانها**)، [كذا] قال عليه الصلاة والسلام في آخر حديث سهل بن حثمة (ولأن اليمين مبرئة في سائر الدعاوى) فكذا هنا؛ ليكون موافقًا للأصول.

ولنا: «أنه عليه الصلاة السلام جمع...» إلى آخره، روى ابن عباس «أنه عليه الصلاة السلام كتب إلى يهود خيبر حين كلمته الأنصار أن هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا إليه أن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل، فأنزل الله تعالى على موسى أمرًا، فإن كنت نبيًا فاسأل الله مثل ذلك، فكتب رسول الله ﷺ إليهم أن الله تعالى أراني أن أختار منكم خمسين رجلًا فيحلفون ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلًا، ثم يغرمون الدية، قالوا لقد قضيت فينا بالناموس أي: بالوحي».

وروى أبو داود في حديث سهل بن حثمة: «أنه عليه الصلاة السلام لما كتب إلى اليهود قال: فَدُوهُ، وكتبوا يحلفون بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلًا، فَوَدَاهُ رسول الله [٢/ ٥١١/ أ] ﷺ من عنده».

وروى خصيف عن زياد بن أبي مريم أنه قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ

عَنْ اليَمِينِ الكَاذِبَةِ، فَيُقِرُّوا بِالقَتْلِ، فَإِذَا حَلَفُوا حَصَلَتْ البَرَاءَةُ عَن القِصَاصِ.

ثُمَّ الدِّيَةُ تَجِبُ بِالقَتْلِ المَوْجُودِ مِنْهُمْ ظَاهِرًا لِوُجُودِ القَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ لَا بِنُكُولِهِمْ، أَوْ وَجَبَتْ بِتَقْصِيرِهِمْ فِي المُحَافَظَةِ كَمَا فِي القَتْلِ الخَطَإِ (وَمَنْ أَبَى مِنْهُمْ اليَمِينَ، حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ) لِأَنَّ اليَمِينَ فِيهِ مُسْتَحَقَّةٌ لِذَاتِهَا تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الدَّمِ، وَلِهَذَا يُجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَةِ، بِخِلَافِ النُّكُولِ فِي الأَمْوَالِ، لِأَنَّ اليَمِينَ بَدَلٌ عَنْ أَصْلِ حَقِّهِ، وَلِهَذَا يَسْقُطُ بِبَذْلِ المُدَّعِي، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا يَسْقُطُ بِبَذْلِ الدِّيَةِ، هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَى الوَلِيُّ القَتْلَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ المَحَلَّةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى عَلَى البَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ، وَالدَّعْوَى فِي العَمْدِ أَو الخَطَإِ، لِأَنَّهُمْ لَا يَتَمَيَّزُونَ عَن البَاقِي، وَلَو ادَّعَى عَلَى البَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ، أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَكَذَلِكَ الجَوَابُ، يَدُلُّ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ الجَوَابِ فِي الكِتَابِ، وَهَكَذَا الجَوَابُ فِي المَبْسُوطِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي

فقال: إني وجدت أخي قتيلًا في بني فلان، فقال عليه الصلاة والسلام: «**اِختَر مِن شيوخِهِم خمسينَ رَجلًا فيَحلِفونَ باللهِ ما قَتَلناه ولَا عَلِمنا لهُ قاتِلًا**» فقال الرجل: وليس لي من أخي إلا هذا؟ قال: «**نَعَمْ، ومِائةٌ مِنَ الإبلِ**».

وقضى عمر في قتيل بين وادعة وأرحب كما ذكرنا، ولم يعرف له من الصحابة مخالف، فكان إجماعًا.

وتأويل قوله ﷺ: «**تبرِّئكُم بأيمانِهِم**» ما ذكر في المتن.

قوله: (**أو وجبت**) أي: الدية (**بتقصيرهم في المحافظة**) يعني قصروا في صيانة المحلة صاروا كالمتسببين في القتل، فإنه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الأمر، والتسبيب موجب للدية، وهذا يجب على عاقلة أهل المحلة، كما ذكرنا من رواية المبسوط.

قوله: (**وكذلك الجواب يدل**[1] **عليه**) إلى آخره، هكذا في بعض النسخ وهو الأصح؛ لأنه أحال على هذا المذكور في هذه المسألة بعد هذا في مسألة وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة، وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان.

---

(١) في الأصل: (يد) والمثبت من الثانية.

غَيْرِ رِوَايَةِ الأَصْلِ: أَنَّ فِي القِيَاسِ تَسْقُطُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَن البَاقِينَ مِن أَهْلِ المَحَلَّةِ، وَيُقَالُ لِلْوَلِيِّ: أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَإِنْ قَالَ: لَا، يُسْتَحْلَفُ المُدَّعَى عَلَيْهِ يَمِينًا وَاحِدَةً.

وَوَجْهُهُ: أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ لِاحْتِمَالِ وُجُودِ القَتْلِ مِن غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا عُرِف بِالنَّصِّ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي مَكَان يُنْسَبُ إِلَى المُدَّعَى عَلَيْهِمْ، وَالمُدَّعِي يَدَّعِي القَتْلَ عَلَيْهِمْ، وَفِيمَا وَرَاءَهُ بَقِيَ عَلَى أَصْلِ القِيَاسِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى القَتْلَ عَلَى وَاحِدٍ مِن غَيْرِهِمْ.

وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: تَجِبُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ، لِأَنَّهُ لَا فَصْلَ فِي إِطْلَاقِ النُّصُوصِ بَيْنَ دَعْوَى وَدَعْوَى، فَنُوجِبُهُ: بِالنَّصِّ لَا بِالقِيَاسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِن غَيْرِهِمْ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ، فَلَوْ أَوْجَبْنَاهُمَا لَأَوْجَبْنَاهُمَا بِالقِيَاسِ، وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، ثُمَّ حُكْمُ ذَلِكَ أَنْ يُثْبِتَ مَا ادَّعَاهُ إِذَا كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ اسْتَحْلَفَهُ يَمِينًا وَاحِدَةً، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَسَامَةٍ لِانْعِدَامِ النَّصِّ وَامْتِنَاعِ القِيَاسِ.

ثُمَّ إِنْ حَلَفَ بَرِئَ، وَإِنْ نَكَلَ وَالدَّعْوَى فِي المَالِ: ثَبَتَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ فِي القِصَاصِ: فَهُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَضَى فِي كِتَابِ الدَّعْوَى. قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكْمُلْ أَهْلُ المَحَلَّةِ، كُرِّرَتْ الأَيْمَانُ عَلَيْهِمْ حَتَّى تَتِمَّ خَمْسِينَ) لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ ﵁ لَمَّا قَضَى فِي القَسَامَةِ، وَافَى إِلَيْهِ تِسْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ رَجُلًا، فَكَرَّرَ اليَمِينَ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ حَتَّى تَمَّتْ خَمْسِينَ ثُمَّ قَضَى بِالدِّيَةِ.

وَعَنْ شُرَيْحٍ وَالنَّخَعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ مِثْلُ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ الخَمْسِينَ وَاجِبٌ بِالسُّنَّةِ، فَيَجِبُ إِتْمَامُهَا مَا أَمْكَنَ، وَلَا يُطْلَبُ فِيهِ الوُقُوفُ عَلَى الفَائِدَةِ لِثُبُوتِهَا بِالسُّنَّةِ، ثُمَّ فِيهِ اسْتِعْظَامُ أَمْرِ الدَّمِ، فَإِنْ كَانَ العَدَدُ كَامِلًا فَأَرَادَ الوَلِيُّ أَنْ يُكَرِّرَ عَلَى أَحَدِهِمْ: فَلَيْسَ

قوله: (فكرر اليمين على رجل منهم) لأن الذين جاءوا إليه من أهل وادعة كانوا تسعة وأربعين رجلًا، فحلفوا واختار منهم واحدًا وكرر اليمين، وأجمع أهل العلم على أن أيمان القسامة خمسون يمينًا على ما جاءت به الأحاديث الصحيحة، ولا يعلم أحد خالف فيه.

لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ المَصِيرَ إِلَى التَّكْرَارِ ضَرُورَةُ الإِكْمَالِ. قَالَ: (وَلَا قَسَامَةَ عَلَى صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِن أَهْلِ القَوْلِ الصَّحِيحِ، وَاليَمِينُ قَوْلٌ صَحِيحٌ. قَالَ: (وَلَا امْرَأَةٍ وَلَا عَبْدٍ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِن أَهْلِ النُّصْرَةِ، وَاليَمِينُ عَلَى أَهْلِهَا.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ مَيْتًا لَا أَثَرَ بِهِ، فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَتِيلٍ، إذ القَتِيلُ فِي العُرْفِ مَنْ فَاتَتْ حَيَاتُهُ بِسَبَبٍ يُبَاشِرُهُ حَيٌّ، وَهَذَا مَيْتٌ حَتْفَ أَنْفِهِ، وَالغَرَامَةُ تَتْبَعُ

قوله: (ولا امرأة و[لا][1] عبد) ولا خلاف في أن الصبي والمجنون لا يقسمان في القسامة، وكذا النساء إذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن، وبه قال أحمد، وربيعة، والثوري، والأوزاعي.

وقال مالك: النساء يدخلن في قسامة الخطأ دون العمد.

قال ابن القاسم: لا يقسم إلا اثنان فصاعدًا، كما أنه لا يقتل إلا بشاهدين.

وقال الشافعي: يقسم كل وارث بالغ؛ لأنها يمين في دعوى، فيشرع في حق النساء.

قال: لا يدخلن في يمين الأولياء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**يُقسِمُ خمسونَ رجلًا مِنكُم وتَستحِقّونَ دمَ صاحِبِكُم**»، وإن كانت امرأة هي المدعى عليها فينبغي أن تستحلف على قول الثلاثة؛ لأنها لتبرئتها منه فيشرع[2] في حقها اليمين كما لو لم يكن لوث، وكذا في المغني لابن قدامة.

وقلنا: إنهن أتباع، لا تقوم النصرة بهن، وإنما اليمين على أهل النصرة.

قوله: (فإن وجد قتيل لا أثر به لا قسامة ولا دية)، وبه قال أحمد في رواية، وحماد، والثوري.

وقالت الأئمة الثلاثة: الأثر ليس بشرط بعد ثبوت اللوث؛ لأنه ﷺ لم يسأل الأنصار هل كان بقتيلهم أثر أو لا؟ ولأن القتل يحصل بما لا أثر له كعصر الخصيتين، وضربة الفؤاد، فأشبه من به أثر.

وقلنا القسامة والدية تعظيمًا لأمر الدم، وصيانة عن الهدر، وذلك في القتل

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

(٢) في الأصل: (فيسترعى) والمثبت من الثالثة.

فِعْلَ العَبْدِ، وَالقَسَامَةُ تَتْبَعُ احْتِمَالَ القَتْلِ، ثُمَّ يَجِبُ عَلَيْهِم القَسَمُ فَلَا بُدَّ مِن أَنْ يَكُونَ بِهِ أَثَرٌ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى كَوْنِهِ قَتِيلًا، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ بِهِ جِرَاحَةٌ، أَوْ أَثَرُ ضَرْبٍ، أَوْ خَنْقٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَ خَرَجَ الدَّمُ مِن عَيْنِهِ، أَوْ أُذُنِهِ، لِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ مِنْهَا إِلَّا بِفِعْلٍ مِن جِهَةِ الحَيِّ عَادَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَرَجَ مِن فِيهِ، أَوْ دُبُرِهِ أَوْ ذَكَرِهِ، لِأَنَّ الدَّمَ يَخْرُجُ مِن هَذِهِ المَخَارِجِ عَادَةً بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الشَّهِيدِ.

(وَلَوْ وُجِدَ بَدَنُ القَتِيلِ، أَوْ أَكْثَرُ مِن نِصْفِ البَدَنِ، أَو النِّصْفُ وَمَعَهُ الرَّأْسُ فِي مَحَلَّةٍ، فَعَلَى أَهْلِهَا القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ، وَإِنْ وُجِدَ نِصْفُهُ مَشْقُوقًا بِالطُّولِ، أَوْ وُجِدَ أَقَلُّ مِن النِّصْفِ وَمَعَهُ الرَّأْسُ، أَوْ وُجِدَ يَدُهُ، أَوْ رِجْلُهُ، أَوْ رَأْسُهُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ هَذَا حُكْمٌ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ، وَقَدْ وَرَدَ بِهِ فِي البَدَنِ، إِلَّا أَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الكُلِّ تَعْظِيمًا لِلْآدَمِيِّ، بِخِلَافِ الأَقَلِّ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبَدَنٍ وَلَا مُلْحَقٍ بِهِ، فَلَا تَجْرِي فِيهِ القَسَامَةُ، وَلِأَنَّا لَو اعْتَبَرْنَاهُ تَتَكَرَّرُ القَسَامَتَانِ وَالدِّيَتَانِ بِمُقَابَلَةِ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَلَا تَتَوَالَيَانِ، وَالأَصْلُ فِيهِ: أَنَّ المَوْجُودَ الأَوَّلَ إِنْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ وُجِدَ البَاقِي تَجْرِي فِيهِ القَسَامَةُ، لَا تَجِبُ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ بِحَالٍ لَوْ وُجِدَ البَاقِي لَا تَجْرِي فِيهِ القَسَامَةُ، تَجِبُ، وَالمَعْنَى مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ، وَصَلَاةُ الجِنَازَةِ فِي هَذَا تَنْسَحِبُ عَلَى هَذَا الأَصْلِ، لِأَنَّهَا لَا تَتَكَرَّرُ.

(وَلَوْ وُجِدَ فِيهِمْ جَنِينٌ، أَوْ سِقْطٌ لَيْسَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ، فَلَا شَيْءَ عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ) لِأَنَّهُ لَا يَفُوقُ الكَبِيرَ حَالًا (وَإِنْ كَانَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ وَهُوَ تَامُّ الخَلْقِ، وَجَبَتِ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَّ الخَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا (وَإِنْ كَانَ نَاقِصَ

دون الموت حتف أنفه، والقتل يعرف بالأثر، فإذا لم يكن به أثر يمكن أن يكون مقتولًا ويمكن أنه مات حتف أنفه، فلا يحكم بالشك.

قوله: (لأن الظاهر أن تمام الخلق ينفصل حيًّا)، فإن قيل: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق حتى لا تجب دية في ذكر الصبي ولسانه إذا لم يعلم صحته مع أن الظاهر سلامتهما.

قلنا: الجنين نفس من وجه، عضو من وجه، فاعتبرنا جهة النفس إذا انفصل حيًّا؛ فيستدل عليه بتمام الخلق، وإذا انفصل ميتًا اعتبرنا جهة العضو؛ فيستدل عليه بنقص الخلق، فكان الظاهر هاهنا بمنزلة القتيل الموجود في المحلة

الخَلْقِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُ يَنْفَصِلُ مَيْتًا لَا حَيًّا.

قَالَ: (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ، فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ أَهْلِ

وبه أثر الجراحة، وإن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه لا بسبب الجراحة، أما الأعضاء يسلك بها مسلك الأموال، ولا تعظيم الأموال كتعظيم النفوس، فكان فيها شبهة المالية فلم توجب الدية التي لها خطر إلا عند التيقن.

قوله: (فالدية على عاقلته) أي: عاقلة السائق سواء كان السائق مالكًا للدابة أو لا، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها؛ لأنه هو المختص بتدبير هذه الدابة وباليد عليها، ولهذا يضمن ما أوطأت، ولو وجد القتيل عليها ولم يكن على الدابة أحد فهو على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل؛ لأن وجوده عليها كوجوده في الموضع الذي وجد فيه الدابة.

وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول: أنه كان يُفَصِّلُ الجوابَ ويقول: إن كان السائق يسوق الدابة مختفيًا سرًّا فالقسامة عليه؛ لأن الظاهر هو القائد، وإن كان يسوقها غير مختف نهارًا جهرًا فلا شيء عليه؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه أو أحدًا من أقاربه [٢/ ٥١١/ب] ميتًا وينقله إلى بلده ليدفنه، وظاهر حاله يدل عليه فلا يجعل قاتلًا.

والفرق لأبي حنيفة ومحمد بين الدابة والدار، حيث جعل الدية والقسامة على مالك الدار، وهاهنا على السائق سواء كان مالكًا أو لا.

قال[١] بعض مشايخنا: الفرق أن التدبير والتصرف لصاحب اليد في الدابة، والعبرة في هذا الباب للتدبير والتصرف، وفي الدار التدبير والتصرف يكون للمالك ما دام مالكًا؛ لأنه لا يتصور انقطاع يده عن ذلك؛ لأنه وإن أجرها فالمؤنة على المالك؛ فتكون القسامة عليه، وفي الدابة على صاحب اليد؛ لأن تدبيرها في يده، ولهذا تزول يده بالإجارة وبالإتلاف؛ فيكون على [من][٢] في يده.

---

(١) في الأصل: (فإن) والمثبت من الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

المَحَلَّةِ) لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ فِي دَارِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِدَهَا، أَوْ رَاكِبَهَا (فَإِنْ اجْتَمَعُوا فَعَلَيْهِمْ) لِأَنَّ القَتِيلَ فِي أَيْدِيهِمْ، فَصَارَ كَمَا إِذَا وُجِدَ فِي دَارِهِمْ.

قَالَ: (وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ القَرْيَتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيل، فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُتِيَ بِقَتِيلٍ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ فَأَمَرَ أَنْ يُذْرَعَ». وَعَنْ عُمَرَ رضي الله عنه أَنَّهُ لَمَّا كُتِبَ إِلَيْهِ فِي القَتِيلِ الَّذِي وُجِدَ بَيْنَ وَادِعَةَ وَأَرْحَب كَتَبَ بِأَنْ يَقِيسَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ، فَوُجِدَ القَتِيلُ إِلَى وَادِعَةَ أَقْرَبَ فَقَضَى عَلَيْهِمْ بِالقَسَامَةِ. قِيلَ: هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَبْلُغُ أَهْلَهُ الصَّوْتُ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ يَلْحَقُهُ الغَوْثُ، فَتُمْكِنُهُمُ النُّصْرَةُ وَقَدْ قَصَّرُوا.

قَالَ: (وَإِذَا وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ، فَالقَسَامَةُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ (وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّ نُصْرَتَهُ مِنْهُمْ وَقُوَّتَهُ بِهِمْ.

وقال بعض مشايخنا: هذا الذي ذكره في الكتاب فيما إذا لم يكن للدابة مالك معروف، وإنما يعرف ذلك بقول السائق والقائد، أما إذا كان لها مالك معروف فالقسامة على المالك كما في الدار، فلو كان ذو اليد مالكًا ظاهرًا فالقسامة والدية عليه، فلو أراد أن يحوله إلى غيره لا يقدر كما في الدار إذا أقر من في يده الدار أن الدار لغيره، ولم يكن المقر له مالكًا معروفًا للدار لا يصدق، كذا في المبسوط، والذخيرة.

قوله: (فأمر أن يذرع) وهو في حديث أبي سعيد الخدري «أن قتيلًا وجد بين قريتين على عهد رسول الله ﷺ فأمر أن يمسح بينهما، فوجد إلى أحد القريتين أقرب بشبر، فقضى عليهم بالدية والقسامة»، كذا في المبسوط.

وادعة، وأرحب: قبيلتان من همذان.

قوله: (فالقسامة) أي: الأيمان (عليه) أي: على صاحب الدار سواء كان مالكًا أو مشتريًا؛ لأن التدبير في الحفظ إليه.

وقال مالك: لا قسامة ولا غرامة في قتيل وجد في دار قوم.

وقال الشافعي: يكون بعد اللوث.

وفي شرح الأقطع: صاحب الدار مع أهل المحلة كأهل المحلة مع أهل المصر ولم يدخل أهل المصر مع أهل المحلة.

قَالَ: (وَلَا تَدْخُلُ السُّكَّانُ فِي القَسَامَةِ مَعَ المُلَّاكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا)(*) لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّدْبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالمِلْكِ تَكُونُ بِالسُّكْنَى، أَلَا تَرَى «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ القَسَامَةَ وَالدِّيَةَ عَلَى اليَهُودِ وَإِنْ كَانُوا سُكَّانًا بِخَيْبَرَ». وَلَهُمَا: أَنَّ المَالِكَ هُوَ المُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ البُقْعَةِ دُونَ السُّكَّانِ، لِأَنَّ سُكْنَى المُلَّاكِ أَلْزَمُ، وَقَرَارَهُمْ أَدْوَمُ، فَكَانَتْ وِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ، فَيَتَحَقَّقُ التَّقْصِيرُ مِنْهُمْ، وَأَمَّا أَهْلُ خَيْبَرَ فَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَقَرَّهُمْ عَلَى

قوله: (وهو قول محمد) وإنما لم يقل عند أبي حنيفة ومحمد؛ ليظهر أصالة أبي حنيفة رحمه الله في هذا القول، فإنه قال في الأسرار: قول أبي حنيفة خلافًا لأبي يوسف، وقال: قول محمد مضطرب.

(وقال أبو يوسف: هو عليهم) أي: على المذكورين في القسامة على السكان والملاك، وبه قال الشافعي، وأحمد، وابن أبي ليلى.

وكان أبو يوسف يقول أولًا كقولهما ثم رجع.

قوله: (وإن كانوا سكانًا) ولم يكونوا ملاكًا؛ لأن النبي ﷺ دفع خيبر إلى اليهود معاملة بالنصف.

قوله: (لأن سكنى الملاك ألزم) فإن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون الملاك، وتؤخذ الشفعة بالملك دون السكنى، وأخذ الشفعة من الغنم مختص بالملك، فكذا ما يكون من الغرم مختصًا بالملك.

قوله: (وأما أهل خيبر) إلى آخره، هذا جواب عن تعلقه بحديث خيبر، روى سهل بن أبي حثمة: «أن خيبر يومئذ كان في أيدي اليهود بالصلح»، بدليل أنه عليه الصلاة السلام كتب إلى اليهود «هذا قتيل وجد بين أبياتكم» فقد أضاف الأبيات إليهم، ولو كان بعد الغنم لكان ملكًا للمسلمين، فلا يضيف الأبيات إليهم، ولو كانت هذه القصة بعد فتح خيبر يحتمل أنه ﷺ من بذلك لتركها عليهم بالخراج، وللإمام ذلك.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

أَمْلَاكِهِمْ فَكَانَ يَأْخُذُ مِنْهُمْ عَلَى وَجْهِ الخَرَاجِ. قَالَ: (وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الخُطَّة دُونَ المُشْتَرِينَ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الكُلُّ مُشْتَرِكُونَ(*)، لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِتَرْكِ الحِفْظِ مِمَّنْ لَهُ وِلَايَةُ الحِفْظِ، وَبِهَذَا الطَّرِيقِ يُجْعَلُ جَانِبًا مُقَصِّرًا، وَالوِلَايَةُ بِاعْتِبَارِ المِلْكِ، وَقَدْ اسْتَوَوْا فِيهِ، وَلَهُمَا: أَنَّ صَاحِبَ الخُطَّةِ هُوَ المُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ البُقْعَةِ، هُوَ المُتَعَارَفُ، وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ، وَالمُشْتَرِي دَخِيلٌ وَوِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَى الأَصِيلِ، وَقِيلَ: أَبُو حَنِيفَةَ بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالكُوفَةِ. قَالَ: (وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَكَذَلِكَ) يَعْنِي:

والدليل على صحة هذا أن عمر رضي الله عنه لمّا أجلاهم من خيبر عوّضهم، ولو لم يكن كذلك وكان للمسلمين لما اشتغل عمر إلى إعطاء العوض.

قوله: (وهو على أهل الخطة) أي: المذكور من وجوب القسامة والدية على أهل الخطة، يريد به ما خطه الإمام حين فتح البلد.

وقال أبو يوسف: الكل مشتركون، وهو قول الأئمة الثلاثة، وابن أبي ليلى.

قوله: (والولاية) أي: ولاية الحفظ **(باعتبار الملك)** وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف أسباب الملك كاستحقاق الشفعة فإنه مبني على الملك ولا تفاوت فيه بين أهل الخطة والمشترين فكذا هنا.

قوله: (هو المتعارف) فإن العرف أن أصحاب الخطة يقومون بحفظ المحلة وتدبيرها دون المشترين، بخلاف الدار فإن فيها أهل الخطة والمشتري سواء؛ لأن عمارة ما استَرَمَّ فيها وإجارتها وإعارتها متساويان، فكذلك في القيام بحفظ الدار.

(وقيل: أبو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) أي: من عادة أهل الكوفة في زمانه، فإن أصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

مِن أَهْلِ الخُطَّةِ لِمَا بَيَّنَّا (وَإِنْ لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، بِأَنْ بَاعُوا كُلُّهُمْ، فَهُوَ عَلَى المُشْتَرِينَ) لِأَنَّ الوِلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ، أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ لِزَوَالِ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ، أَوْ يُزَاحِمُهُمْ.

(وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ، فَالقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى قَوْمِهِ، وَتَدْخُلُ العَاقِلَةُ فِي القَسَامَةِ إِنْ كَانُوا حُضُورًا، وَإِنْ كَانُوا غُيَّبًا، فَالقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ، يُكَرِّرُ عَلَيْهِ الأَيْمَانَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا قَسَامَةَ عَلَى العَاقِلَةِ(*)؛

وقوله: (لما بينَّا) إشارة إلى قوله: (أن صاحب الخطة هو المختص [٢/ ٥١٢/ أ] بنصره البقعة).

قوله: (فهو) أي: المذكور من القسامة والدية (على المشترين) بلا خلاف؛ (لأن الولاية إليهم) عندهما (أو خلصت لهم) أي: عند أبي يوسف.

وكذا قوله: (لزوال من يتقدمهم) عندهما (أو يزاحمهم) على قول أبي يوسف.

قوله: (وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار) إلى آخره.

وفي الذخيرة: فالدية على عاقلة رب الدار باتفاق الروايات، والقسامة على صاحب الدار في رواية، وفي رواية على عاقلة رب الدار.

والكرخي يوفق بينهما ويقول: الرواية التي توجب القسامة على رب الدار محمول على ما إذا كان قومه غُيَّبًا، والأخرى على ما إذا كان قومه حضورًا.

ولكن ذكر في فتاوى العتابي كما ذكر في الكتاب، وبقول أبي يوسف قال الشافعي وأحمد.

قوله: (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد)، هذا من مسائل الجامع الصغير، فأبو حنيفة اعتبر اليدَ، وَهُما الملكَ، وأجمعوا على أن وجوب الضمان متعلق بولاية الحفظ، فيعد ذلك أبو حنيفة حقيقة.

القدرة ثبتت باليد؛ لأن ملك اليد سبب الملك(١)، فإذا كان الملك لأحدهما واليد لآخر فاعتبار اليد أولى، بخلاف ما إذا اجتمع السكان مع

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) في الأصل (اليد)، والمثبت من النسخة الثالثة.

لِأَنَّ رَبَّ الدَّارِ أَخَصُّ بِهِ مِن غَيْرِهِ، فَلَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا، كَأَهْلِ المَحَلَّةِ لَا يُشَارِكُهُمْ فِيهَا عَوَاقِلُهُمْ، وَلَهُمَا: أَنَّ الحُضُورَ لَزِمَتْهُمْ نُصْرَةُ البُقْعَةِ كَمَا تَلْزَمُ صَاحِبَ الدَّارِ فَيُشَارِكُونَهُ فِي القَسَامَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ القَتِيلُ فِي دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ، نِصْفُهَا لِرَجُلٍ، وَعُشْرُهَا لِرَجُلٍ، وَلِآخَرَ مَا بَقِيَ: فَهُوَ عَلَى رُؤُوسِ الرِّجَالِ) لِأَنَّ صَاحِبَ القَلِيلِ يُزَاحِمُ صَاحِبَ الكَثِيرِ فِي التَّدْبِيرِ، فَكَانُوا سَوَاءً فِي الحِفْظِ وَالتَّقْصِيرِ، فَيَكُونُ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ.

قَالَ: (وَمَن اشْتَرَى دَارًا، وَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ، فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ البَائِعِ، وَإِنْ كَانَ فِي البَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا، فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدِهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خِيَارٌ: فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ المُشْتَرِي، وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ، فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي تَصِيرُ لَهُ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَنْزَلَ قَاتِلًا بِاعْتِبَارِ التَّقْصِيرِ فِي الحِفْظِ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا عَلَى مَنْ لَهُ وِلَايَةُ الحِفْظِ، وَالوِلَايَةُ تُسْتَفَادُ بِالمِلْكِ، وَلِهَذَا كَانَت الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ صَاحِبِ الدَّارِ دُونَ المُودِعِ، وَالمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ القَبْضِ

الملاك، فإن القسامة على الملاك لا على السكان مع وجود يد السكان، فإن اليد ثابت للملاك أيضًا، ورجح جانب الملاك فلا تزاحمه يد السكان.

(والولاية) أي: ولاية الحفظ **(تستفاد من الملك فلهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع)** والمستعير والمستأجر والغاصب والمرتهن، حيث امتنع وجوب الدِّين على هؤلاء لهذا المعنى، والملك للمشتري قبل القبض في البيع الباتّ، فكان الصادر من ذلك الملك كان عليه، بخلاف ما لو جنى العبد في الباتِّ قبل القبض، حيث يُخيّر المشتري بين رد البيع وإمضائه، وهاهنا لا يخير؛ لأن الدار لم تصر مستحقة بوجود القتيل فيها، بل يجب الضمان على عاقلة المشتري، فلا يكون الاستحقاق بمنزلة العيب.

أما العبد إذا جنى في يد البائع يخير المشتري؛ لأن العبد يصير مستحقًّا بالجناية، والاستحقاق من أفحش العيوب، وقد حدث ذلك في يد البائع فيتخير المشتري.

فِي البَيْعِ البَاتِّ، وَفِي المَشْرُوطِ فِيهِ الخِيَارُ يُعْتَبَرُ قَرَارُ المِلْكِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الفِطْرِ. وَلَهُ: أَنَّ القُدْرَةَ عَلَى الحِفْظِ بِاليَدِ لَا بِالمِلْكِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَقْتَدِرُ عَلَى الحِفْظِ بِاليَدِ دُونَ المِلْكِ، وَلَا يَقْتَدِرُ بِالمِلْكِ دُونَ اليَدِ، وَفِي البَاتِّ اليَدُ لِلْبَائِعِ قَبْلَ القَبْضِ، وَكَذَا فِيمَا فِيهِ الخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ القَبْضِ؛ لِأَنَّهُ دُونَ البَاتِّ، وَلَوْ كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِ المُشْتَرِي، وَالخِيَارُ لَهُ فَهُوَ أَخَصُّ النَّاسِ بِهِ تَصَرُّفًا، وَلَوْ كَانَ الخِيَارُ لِلْبَائِعِ، فَهُوَ فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالقِيمَةِ كَالمَغْصُوبِ، فَتُعْتَبَرُ يَدُهُ إِذْ بِهَا يَقْدِرُ عَلَى الحِفْظِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ، فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ، لَمْ تَعْقِلْهُ العَاقِلَةُ حَتَّى تَشْهَدَ

(وله [أن][1] **القدرة)** أي: على الحفظ باليد؛ لأن الغصب لا يتحقق في العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويد المرتهن قالوا: لا رواية فيه، وصدقة الفطر تجب باعتبار الملك لا باعتبار الحفظ.

ألا ترى أن صدقة فطر المغصوب تجب على المالك لا على الغاصب، أما ضمان الجناية كما يجب على المالك يجب على الضامن، بل عند اجتماعهما يكون قرار الضمان على الضامن في ضمان الجناية، حتى إن المغصوب أو المرهون إذا جنى في يد الغاصب والمرتهن واختار المولى الدفع يكون قرار ذلك على الضامن، كذا في جامع قاضي خان، والمحبوبي.

قوله: (فهو في يده مضمون) أي: لو كان الخيار للبائع، والمبيع في يد المشتري ضمن عليه بالقيمة، واحترز عن يد المودع[2] فالقسامة على المشتري أيضًا؛ لأنه باليد يتولى الحفظ والتدبير.

قوله: (لم تعقله العاقلة حتى تشهد) يريد به إذا أنكرت العواقل أنها ملك ذي اليد، ويقولون: إنها وديعة عنده، كذا في جامع الكرابيسي، والمحبوبي.

وهذا لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق، وقد احتجنا إلى الاستحقاق هاهنا، فلا بد من إقامة البينة كما في استحقاق الشفعة لا بد من إقامة البينة على الملك لهذا.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (المودوع)، والمثبت من الثانية.

الشُّهُودُ أَنَّهَا لِلَّذِي فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن المِلْكِ لِصَاحِبِ اليَدِ حَتَّى تَعْقِلَ العَوَاقِلُ عَنْهُ، وَاليَدُ وَإِنْ كَانَتْ دَلِيلًا عَلَى المِلْكِ لَكِنَّهَا مُحْتَمِلَةٌ فَلَا تَكْفِي لِإِيجَابِ الدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ، كَمَا لَا تَكْفِي لِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِهِ فِي الدَّارِ المَشْفُوعَةِ، فَلَا بُدَّ مِن إِقَامَةِ البَيِّنَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي سَفِينَةٍ: فَالقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِن الرُّكَّابِ وَالمَلَّاحِينَ) لِأَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمْ، وَاللَّفْظُ يَشْمَلُ أَرْبَابَهَا، حَتَّى تَجِبُ عَلَى الأَرْبَابِ الَّذِينَ فِيهَا وَعَلَى السُّكَّانِ، وَكَذَا عَلَى مَنْ يُمِدُّهَا، وَالمَالِكُ فِي ذَلِكَ وَغَيْرُ المَالِكِ سَوَاءٌ، وَكَذَا العَجَلَةُ، وَهَذَا عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، وَالفَرْقُ لَهُمَا: أَنَّ السَّفِينَةَ تُنْقَلُ وَتُحَوَّلُ فَيُعْتَبَرُ فِيهَا اليَدُ دُونَ المِلْكِ كَمَا فِي الدَّابَّةِ، بِخِلَافِ المَحَلَّةِ وَالدَّارِ، لِأَنَّهَا لَا تُنْقَلُ.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ فِي مَسْجِدِ مَحَلَّةٍ، فَالقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِهَا) لِأَنَّ التَّدْبِيرَ فِيهِ إِلَيْهِمْ

وفي الأصح: قيل: الجواب على قولهما، أما على قول أبي يوسف مجرد السكنى واليد كاف للقسامة والدية بدون الملك.

وفي جامع الكرابيسي: اعتبر أبو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسألة المتقدمة، وهنا لا يثبت ذلك إلا بالبينة، فلا يرد نقضًا عليه.

قوله: (**لأنها**) أي: السفينة (**في أيديهم**)؛ لما أن المركب في يد الراكب، فكذا السفينة في يد من فيها.

(**واللفظ**) وهو **قوله**: على من فيها (**يشمل أربابها**) أي: يشمل ملّاكها وغير ملّاكها.

قوله: (**على ما روي عن أبي يوسف ظاهر**)؛ لأنه يدخل السكان في القسامة مع الملاك.

قوله: (**كما في الدابة**)[1] يعني في القتيل الموجود على الدابة، تعتبر اليد دون الملك؛ لأنها تنقل وتحول، فكذا في السفينة تعتبر اليد لا الملك، وهم في اليد عليها سواء، كذا في المبسوط.

---

(١) في الأصل (الدية)، والمثبت من النسخة الثانية والثالثة.

(وَإِنْ وُجِدَ فِي الْمَسْجِدِ الجَامِعِ، أَو الشَّارِعِ الأَعْظَمِ، فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، وَالدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ المَالِ) لِأَنَّهُ لِلْعَامَّةِ لَا يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، وَكَذَلِكَ الجُسُورُ العَامَّةُ، وَمَالُ بَيْتِ المَالِ مَالُ عَامَّةِ المُسْلِمِينَ.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: قال بعض المشايخ: إنها تدخل الركاب إذا لم يكن للسفينة [٢/ ٥١٢/ب] مالك معروف، فإن كان تجب القسامة على المالك.

ومنهم من يقول: تجب في الحالين على الكل، ومثل هذا التفصيل من اختلاف المشايخ مذكور في الدابة.

وفي الذخيرة: المعتبر في هذا الباب التصرف، والرأي، والتدبير، وكل ذلك مفوض إلى صاحب الخطة في الدار؛ لأن يده غير منقطع عنها، ولهذا لا يتحقق الغصب فيها، بخلاف الدابة والسفينة، فإن الرأي والتدبير إلى الكل.

قوله: (والشارع الأعظم)، في المغرب: الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المَجازِيِّ، أو هو من قولهم شرع الطريق إذا تبين(١).

(فلا قسامة فيه)؛ لأن المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل، وما لا يتحقق في حق جماعة المسلمين.

فإنه روي عن عمر وعليّ رضي الله عنهما فيمن قتل بزحام الناس بعرفة، فجاء أهله إلى عمر، فقال: "بينتكم على من قتل"، فقال عليٌّ: "يا أمير المؤمنين، لا يبطل دم امرئ مسلم، إن علمت قاتله، وإلا فأعط ديته من بيت المال".

وكذا إذا وجد في زحام مسجد الجامع يوم الجمعة، وهو قول أحمد.

وقال مالك: دمه هدر؛ لأنه لم يعلم له قاتل، ولا وجد له لوث، فيحكم بالقسامة فيه.

وفي مثله عن عمر بن عبد العزيز: أن من القضايا قضايا إلا في دار الآخرة، وهذا منها(٢).

وعند الشافعي: الزحام لوث، فعند الأئمة الثلاثة: يعتبر اللوث، ففي كل موضع يتحقق فيه اللوث تكون فيه القسامة وإلّا لا.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (١/ ٢٤٨).
(٢) هكذا بالأصول الخطية.

(وَلَوْ وُجِدَ فِي السُّوقِ، إنْ كَانَ مَمْلُوكًا، فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ: عَلَى السُّكَّانِ، وَعِنْدَهُمَا: عَلَى المَالِكِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا كَالشَّوَارِعِ العَامَّةِ الَّتِي بُنِيَتْ فِيهَا، فَعَلَى بَيْتِ المَالِ) لِأَنَّهُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ (وَلَوْ وُجِدَ فِي السِّجْنِ، فَالدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ المَالِ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: الدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِ السِّجْنِ) لِأَنَّهُمْ سُكَّانٌ، وَوِلَايَةُ التَّدْبِيرِ إلَيْهِمْ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّ القَتْلَ حَصَلَ مِنْهُمْ، وَهُمَا يَقُولَانِ: إنَّ أَهْلَ السِّجْنِ مَقْهُورُونَ، فَلَا يَتَنَاصَرُونَ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمْ مَا يَجِبُ لِأَجْلِ النُّصْرَةِ، وَلِأَنَّهُ بُنِيَ لِاسْتِيفَاءِ حُقُوقِ المُسْلِمِينَ، فَإِذَا كَانَ غُنْمُهُ يَعُودُ إلَيْهِمْ فَغُرْمُهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ. قَالُوا: وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ المَالِكِ وَالسَّاكِنِ، وَهِيَ مُخْتَلَفٌ فِيهَا بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وفي الذخيرة: لو وجد في مسجد جماعة في السوق، وهو لعامة المسلمين لا إلى أهل هذه السوق، فهو كمسجد الجامع.

قوله: (فعند أبي يوسف تجب على السكان) سواء كانوا مُلَّاكًا أو لا على ما مر.

قوله: (بُنِيَت فيها فعلَى بيت المال)، وإنما أراد به أن يكون بعيدًا من المحال، أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة، وكذا في السوق النائي إذا كان يسكنها في الليالي، أو كان لأحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه؛ لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع، فيوصف بالتقصير، فيجب موجب التقصير، كذا في مبسوط فخر الإسلام.

وفي المنتقى: وجد قتيل في صف من السوق، فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم، وإلا فالدية على ملاك الحوانيت، كذا في الذخيرة، والمغني.

قوله: (وعلى قول أبي يوسف: الدية والقسامة على أهل السجن)، وبه قالت الأئمة الثلاثة إذا كان هناك لوث.

قوله: (ما يجب لأجل النصرة) أي: لأجل تلك النصرة.

قوله: (قالوا) أي: المشايخ **(هذه)** أي: هذه المسألة **(فريعة الملك والسّاكن)** فكأنهما جعلا عامة المسلمين كالملاك، وأهل السجن بمنزلة السكان، كذا في شرح الإرشاد.

قَالَ: (وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ، فَهُوَ هَدَرٌ) وَتَفْسِيرُ القُرْبِ مَا ذَكَرْنَا مِن اسْتِمَاعِ الصَّوْتِ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِهَذِهِ الحَالَةِ لَا يَلْحَقُهُ الغَوْثُ مِن غَيْرِهِ، فَلَا يُوصَفُ أَحَدٌ بِالتَّقْصِيرِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً لِأَحَدٍ. أَمَّا إِذَا كَانَتْ: فَالدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ (وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ، كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

(وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسَطِ الفُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ المَاءُ، فَهُوَ هَدَرٌ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ أَحَدٍ، وَلَا فِي مِلْكِهِ (وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ، فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ القُرَى مِن ذَلِكَ المَكَانِ) عَلَى التَّفْسِيرِ الَّذِي تَقَدَّمَ، لِأَنَّهُ اخْتَصَّ بِنُصْرَةِ هَذَا المَوْضِعِ، فَهُوَ كَالمَوْضُوعِ عَلَى

قوله: (ليس بقربها عمارة فهو هدر)، وبه قالت الأئمة الثلاثة إذا لم يكن لوث.

وفي مبسوط خواهر زاده: هذا إذا وجد في فلاة انقطع عنها منفعة المسلمين، أما إذا لم تنقطع فتجب الدية على بيت المال؛ لأنه يكون تحت أيديهم ورأيهم وتدبيرهم.

وقوله: (وقد بيناه) إشارة إلى مسألة دابة مرت بين قريتين وعليها قتيل.

قوله: (وإن وجد في شط[1] الفرات) وذكر الفرات ليس للتخصيص، بل المراد به النهر العظيم، ولهذا صرح في المبسوط بقوله: وإذا وجد القتيل في نهر عظيم يجري به الماء فلا شيء فيه، وهكذا ذكر في الذخيرة.

وفي مبسوط شيخ الإسلام، والذخيرة: هذا إذا كان منبع الماء في يد الكفار سواء كان يجري في وسطه أو شطه، أما إذا كان في يد المسلمين فاعتبرنا موضع انبعاث الماء وموضع ظهور القتيل.

قوله: (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله: قيل: هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت، وبهذا صرح في المبسوط، والذخيرة، وغيرهما.

ولو كان لا يسمع الصوت لا يجب عليهم شيء، وإنما يجب في بيت المال؛ لأنه تحت يد عامة المسلمين.

---

(١) كذا بالأصل والنسخة الثانية، وفي النسخة الثالثة والمتن (وسط).

الشَّطِّ، وَالشَّطُّ فِي يَدِ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَسْتَقُونَ مِنْهُ المَاءَ، وَيُورِدُونَ بَهَائِمَهُمْ فِيهَا، بِخِلَافِ النَّهْرِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ، لِاخْتِصَاصِ أَهْلِهَا بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِمْ عَلَيْهِ، فَتَكُونُ القَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: (وَإِن ادَّعَى الوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِن أَهْلِ المَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ، لَمْ تَسْقُط القَسَامَةُ عَنْهُمْ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَذَكَرْنَا فِيهِ القِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ. قَالَ: (وَإِنْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِن غَيْرِهِمْ، سَقَطَتْ عَنْهُمْ) وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِن قَبْلُ، وَوَجْهُ الفَرْقِ: هُوَ أَنَّ وُجُوبَ القَسَامَةِ عَلَيْهِمْ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ القَاتِلَ مِنْهُمْ، فَتَعْيِينُهُ وَاحِدًا مِنْهُمْ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الأَمْرِ، لِأَنَّهُ

قوله: (لم تسقط القسامة عنهم)، وكذا الدية لا تسقط عن عواقلهم.

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة: أنه تسقط عن أهل المحلة؛ لأن دعواه على واحد معين إبراء لأهل المحلة من القسامة، فإن القسامة في قتيل لا يعرف قاتله.

وجه الظاهر: أنه ذكر ما كان لنا معلومًا ظاهرًا، وهو أن القاتل واحد من أهل المحلة، ولكنا لا نعلم ذلك حقيقة، وبدعوى الولي على واحد منهم [٢/ ٥١٣/أ] بعينه لا يصير معلومًا لنا حقيقة أنه هو القاتل، فإذا لم يستفد بهذه الدعوى شيئًا لا يتغير الحكم به، فبقيت القسامة والدية على أهل المحلة كما كانتا، كذا في المبسوط.

قوله: (وقد ذكرناه) أي: في مسألة: ولو ادعى على البعض (وذكرنا فيه) أي: في المذكور في بعض النسخ (القياس والاستحسان).

قوله: (سقطت عنهم) أي: سقط كل واحد من القسامة والدية عن أهل المحلة ويحلف المدعى عليه يمينا واحدة.

وقالت الأئمة الثلاثة: إن كان هناك لوث تكرر اليمين عليه، وإن لم يكن لوث ففيه عن الشافعي في قول، وأحمد في رواية تكرر اليمين؛ لأنها دعوى في قتل، فكان المشروع فيها خمسين يمينًا، كما لو كان بينهم لوث.

وقال الشافعي، وأحمد: ظاهر روايته يمين واحد كقولنا، وهو اختيار المزني؛ لقوله ﷺ: «**لَو يُعطَى الناسُ بدَعواهُم لَادَّعَى قومٌ دِماءَ رجالٍ وأموالَهُم،**

مِنْهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ مِن غَيْرِهِمْ، لِأَنَّ ذَلِكَ بَيَانُ أَنَّ القَاتِلَ لَيْسَ مِنْهُمْ، وَهُمْ إِنَّمَا يَغْرَمُونَ إِذَا كَانَ القَاتِلُ مِنْهُمْ لِكَوْنِهِمْ قَتَلَةً تَقْدِيرًا، حَيْثُ لَمْ يَأْخُذُوا عَلَى يَدِ الظَّالِمِ، وَلِأَنَّ أَهْلَ المَحَلَّةِ لَا يَقُومُونَ بِمُجَرَّدِ ظُهُورِ القَتِيلِ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ إِلَّا بِدَعْوَى الوَلِيِّ، فَإِذَا ادَّعَى القَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمِ امْتَنَعَ دَعْوَاهُ عَلَيْهِمْ، وَسَقَطَ لِفَقْدِ شَرْطِهِ.

ولَكِنَّ اليمينَ علَى المُدَّعَى علَيه» فتكون واحدة بظاهره، ولهذا لم يكرر في حق المال.

قوله: (وسقط لفقد شرطه) أي: سقط دعواه بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض بفقد شرط الدعوى، فإنه لما ادعى على غير أهل المحلة فقد أبرأهم عن ذلك، فلا يسمع بعد ذلك دعواه للتناقض، كذا في المبسوط.

(يقال أجلوا عن القتيل) أي: انكشفوا عنه وانفرجوا، وجد بين أظهرهم.

والظهر، والأظهر يجيئان مقحمين كما في قوله ﷺ: **«لَا صدقةَ إلّا عَنْ ظَهرِ غِنىً»** أي: صادرة عن غنى، يقال: ظهر الغيب، وظهر القلب، وكذا يقال: أقام بين أظهرهم.

ثم وجود القتيل بين أظهرهم موجب للقسامة والدية؛ لأنه ﷺ قضى على أهل خيبر بالقسامة والدية؛ لوجود القتيل بين أظهرهم.

وقال عمر للوادِعِيِّ حين قال: لا أيماننا تدفع أموالنا ولا أموالنا تدفع أيماننا: «حقنتم دماءكم وأنا أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم».

وقال الشافعي، وأحمد في رواية باللوث على الطائفة الأخرى، ولو كانوا بحيث لا تصل سهام بعضهم بعضًا فاللوث على طائفة القتيل.

وقال مالك، وأحمد في رواية: إن عقل القتيل على الذين نازعوهم، إلا أن يَدَّعوا على واحد بعينه؛ لأن الظاهر القتيل من المنازعين.

وقال ابن أبي ليلى: عقله على الفريقين جميعًا؛ لأنه يحتمل أنه مات من فعل أصحابه، فاستوى الجميع فيه.

وقلنا: الحفظ على أهل المحلة، فإن عليهم أن يصونوا محلتهم عن مثل هذه الحادثة، فإن لم يفعلوا كانوا غارمين.

قَالَ: (وَإِذَا التَقَى قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ، فَأُجْلُوا عَنْ قَتِيلٍ، فَهُوَ عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ) لِأَنَّ القَتِيلَ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ، وَالحِفْظ عَلَيْهِمْ (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الأَوْلِيَاءُ عَلَى أُولَئِكَ، أَوْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ، فَلَمْ يَكُنْ عَلَى أَهْلِ المَحَلَّةِ شَيْءٌ) لِأَنَّ هَذِهِ الدَّعْوَى تَضَمَّنَتْ بَرَاءَةَ أَهْلِ المَحَلَّةِ عَنِ القَسَامَةِ. قَالَ: (وَلَا عَلَى أُولَئِكَ حَتَّى يُقِيمُوا البَيِّنَةَ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لَا يَثْبُتُ الحَقُّ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، أَمَّا يَسْقُطُ بِهِ الحَقُّ عَنْ أَهْلِ المَحَلَّةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ حُجَّةٌ عَلَى نَفْسِهِ.

قال أبو جعفر في كشف الغوامض: هذا إذا كان الفريقان غير متأولين اقتتلوا عصبية، فإن كانوا مشركين أو خوارج فلا شيء فيه، ويجعل ذلك ممن أصابه العدو؛ لأن إضافة القتل إلى المشركين أو الخوارج حمل لأمر أهل المحلة على الصلاح، فلهذا جعل شهيدًا.

قوله: (ولا على أولئك) أي: على أولئك القوم المقاتلين أي: لم تكن القسامة على أهل المحلة، ولا على الفتيان المقاتلين.

قوله: (للحديث الذي رويناه) أي: في أول باب القسامة، وهو قوله ﷺ: «**لَو أُعطِيَ الناسُ بِدَعواهُم لادَّعَى قومٌ دماءَ قومٍ وأموالَهم ولكِنّ البينةَ علَى المُدَّعِي واليمينَ علَى مَن أنكرَ**» ولا يقال: الظاهرُ أنهم قتلوه؛ لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق، كذا في جامع شمس الأئمة، والمحبوبي.

فإن قيل: الفرق بين هذا وبين دعوى القتل على رجل بعينه من أهل المحلة، فإن القسامة لا تسقط عنهم، وهنا بالدعوى على رجل منهم بعينه [تسقط عن أهل المحلة.

قلنا: الفرق أن الدعوى على أولئك أو على رجل منهم بعينه][1] لا تصلح سبباً للاستحقاق بلا بينة، ولكن تصلح سببًا لبراءة الغير، فتثبت براءة أهل المحلة، بخلاف ما لو عين رجل من أهل المحلة، حيث لا تسقط عنهم الدية والقسامة؛ لما ذكرنا أن تعيين واحد منهم لا ينافي هذا الأمر؛ لأنه منهم.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ أَقَامُوهُ بِفَلَاةٍ مِن الأَرْضِ، لَا مِلْكَ لِأَحَدٍ فِيهَا، فَإِنْ وُجِدَ فِي خِبَاءٍ أَوْ فُسْطَاطٍ فَعَلَى مَنْ يَسْكُنُهَا الدِّيَةُ وَالقَسَامَةُ، وَإِنْ كَانَ خَارِجًا مِن الفُسْطَاطِ، فَعَلَى أَقْرَبِ الأَخْبِيَةِ) اعْتِبَارًا لِلْيَدِ عِنْدَ انْعِدَامِ المِلْكِ (وَإِنْ كَانَ القَوْمُ لَقَوا قِتَالًا، وَوُجِدَ قَتِيلٌ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ، فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ العَدُوَّ قَتَلَهُ، فَكَانَ هَدَرًا، وَإِنْ لَمْ يَلْقَوْا عَدُوًّا فَعَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَإِنْ كَانَ لِلْأَرْضِ مَالِكٌ: فَالعَسْكَرُ كَالسُّكَّانِ، فَيَجِبُ عَلَى المَالِكِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

وأما تعيين غيرهم ينافي ذلك؛ لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم، وهم إنما يعرفون إذا كان القاتل منهم تقريرًا، ولم يثبت ذلك عند تعيين الولي غيرهم، إليه أشار في الذخيرة.

قوله: (في معسكر) بفتح الكاف: موضع العسكر، يقال عسكر الرجل عسكرًا فهو معسكر بكسر الكاف، والموضع: معسكَر بفتح الكاف.

الخباء: الخيمة من الصوف. والفسطاط: الخيمة العظيمة.

(أقاموا الفلاة)[1] أي: بغير قتال.

قوله: (فعلى أقرب الأخبية)، وفي مبسوط شيخ الإسلام: هذا إذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين، أما إذا نزلوا مختلطين [٢/ ٥١٣/ب] فالدية والقسامة على الكل.

قوله: (لقوا قتالاً) فانتصاب قتالًا على المفعول به أي: لقوا المسلمين مع المشركين قتالًا، ويحتمل أن يكون على الحال أي: مقاتلين، وفي قوله: وإن لم يلقوا عدوًّا، يحتمل انتصاب (عدوًّا) على الحال أي: مقاتلين[2]، وعلى المفعول له أي: القتال.

قوله: (على ما ذكرنا)، وهو أنه لا معتبر بالسكان مع الملاك.

وفي المبسوط: قيل: في قياس قول أبي يوسف ينبغي أن يكون على

---

(١) في الأصل، والنسخة الثانية: (الصلاة)، والمثبت من النسخة الثالثة، وتقدم في المتن: (وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ أَقَامُوهُ بِفَلَاةٍ مِنَ الأَرْضِ...).

(٢) وقع تكرار في الأصل من بداية قوله: (وفي قوله: وإن...) إلى قوله: (أي: مقاتلين).

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ الْمُسْتَحْلَفُ: قَتَلَهُ فُلَانٌ، اسْتُحْلِفَ بِاَللَّهِ مَا قَتَلْتُ، وَلَا عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ) لِأَنَّهُ يُرِيدُ إِسْقَاطَ الْخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ بِقَوْلِهِ، فَلَا يُقْبَلُ فَيَحْلِفُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالقَتْلِ عَلَى وَاحِدٍ صَارَ مُسْتَثْنًى عَنِ اليَمِينِ، فَبَقِيَ حُكْمُ مَنْ سِوَاهُ فَيَحْلِفُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ مِن أَهْلِ المَحَلَّةِ عَلَى رَجُلٍ مِن غَيْرِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ: لَمْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا) وَهَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: تُقْبَلُ، لِأَنَّهُمْ كَانُوا بِعَرْضِيَّةِ أَنْ يَصِيرُوا

النازلين في ذلك الموضع؛ لأن عنده السكان في المحلة كالملاك.

قوله: (وإذا قال المستحلف) بفتح اللام (قتله فلان) أي: في مسألة القسامة استحلف بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلًا غير فلان إلى آخره، هذا قول محمد.

وقال أبو يوسف: يحلف بالله ما قتلت فقط، ولا يحلف بالعلم؛ لأن فائدة التحليف على العلم أن يعترفوا أنا علمنا له قاتلًا فيصير ذلك سببًا لوجوب القصاص على القاتل، وقد اعترفوا بذلك يعني لا حاجة إلى التحليف.

وعند محمد: يحلفون بالله ما قتلنا، و[لا][(١)] علمنا له قاتلًا غير فلان، لجواز أنهم عرفوا قاتلًا آخر مع فلان، وإنما عينوا فلانًا ليسقطوا عن أنفسهم اليمين في حق غيره، فيحلفون على العلم ويستثنون منه فلانًا؛ لأن الاستحلاف على العلم في حق فلان لا يفيد، أما في حق غيره يفيد، كذا في المبسوطين، والذخيرة.

وفي المغني، والفتوى: على قول محمد.

وفي المبسوط: لو أقام الولي شاهدين من غير أهل المحلة على ذلك الرجل فقد أثبت عليه القتل بالحجة، فيقضى عليه بموجبه، ولا يعرف فيه خلاف.

قوله: (**وقالا**: تُقبَل)، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة، كالوصي إذا أخرج من الوصاية بأن بلغ الغلام أو عزله القاضي.

(وعلى الأصلين هذين) أي: على الأصلين المجمع عليهما:

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

خُصَمَاءُ(*)، وَقَدْ بَطَلَت العَرَضِيَّةُ بِدَعْوَى الوَلِيِّ القَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمْ، فَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ كَالوَكِيلِ بِالخُصُومَةِ إذَا عُزِلَ قَبْلَ الخُصُومَةِ. وَلَهُ: أَنَّهُمْ خُصَمَاءُ بِإِنْزَالِهِمْ قَاتِلِينَ لِلتَّقْصِيرِ الصَّادِرِ مِنْهُمْ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ وَإِنْ خَرَجُوا مِن جُمْلَةِ الخُصُوم كَالوَصِيِّ إِذَا خَرَجَ مِن الوِصَايَةِ بَعْدَمَا قَبِلَهَا ثُمَّ شَهِدَ. قَالَ ﷺ: وَعَلَى هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ يَتَخَرَّجُ كَثِيرٌ مِن المَسَائِلِ مِن هَذَا الجِنْسِ، قَالَ: (وَلَوْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِن أَهْلِ المَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ، فَشَهِدَ شَاهِدَانِ مِن أَهْلِهَا عَلَيْهِ، لَمْ تُقْبَل الشَّهَادَةُ) لِأَنَّ الخُصُومَةَ قَائِمَةٌ مَعَ

أحدهما: أن كل من انتصب خصمًا في حادثة ثم خرج من أن يكون خصمًا لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع، كالوكيل إذا خاصم ثم عزل.

والثاني: إذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصمًا ثم بطلت هذه العرضية فشهد تقبل شهادته بالإجماع.

ثم في مسألتنا هذه ثم جعل شهادتهما هذه شهادة من انتصب خصمًا في حادثة ثم خرج من أن يكون خصمًا فشهد لم تقبل شهادتهما؛ لأن نفس وجود القتيل بين[1] أظهرهم جعلهم خصمًا، وجعلا شهادتهما هذه شهادة رجل له عرضية أن يصير خصمًا، ثم لم يصر خصمًا فتقبل، فإنهم إنما يكونون خصمًا إذا ادعى الولي عليهم، فإذا ادعى على غيرهم زالت هذه العرضية، وتبين أنهم لم يكونوا خصمًا في هذه الحادثة أصلا، فوجب قبول شهادتهم كالشفيع إذا شهد بالبيع بعدما سلم الشفعة تقبل شهادته، والوكيل بالخصومة إذا عزل قبل أن يخاصم.

وفي المبسوط، والإيضاح: فعند أبي حنيفة السبب الموجب للدية والقسامة وجود القتيل بين أظهرهم، كما قال عمر: "أُغرِّمُكم لوجودِ القتيلِ بينَ أظهرِكُم"، وبدعوى الولي لا يتبين أن هذا السبب لم يكن، ولكن خرجوا من الخصومة بعد الدخول، ثم التخريج على الأصلين.

أما على الأصل الأول فمسألة الوكيل إذا خاصم ثم عزل، والوصي إذا

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) في الأصل: (من)، والمثبت من النسخة الثانية.

الكُلِّ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَالشَّاهِدُ يَقْطَعُهَا عَنْ نَفْسِهِ، فَكَانَ مُتَّهَمًا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الشُّهُودَ يَحْلِفُونَ بِاَللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا يَزْدَادُونَ عَلَى ذَلِكَ، لِأَنَّهُمْ أَخْبَرُوا أَنَّهُمْ عَرَفُوا القَاتِلَ.

قَالَ: (وَمَنْ جُرِحَ فِي قَبِيلَةٍ، فَنُقِلَ إِلَى أَهْلِهِ فَمَاتَ مِن تِلْكَ الجِرَاحَةِ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ، فَالقَسَامَةُ وَالدِّيَةُ عَلَى القَبِيلَةِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَةَ)(*) لِأَنَّ الَّذِي حَصَلَ فِي القَبِيلَةِ وَالمَحَلَّةِ مَا دُونَ النَّفْسِ، وَلَا قَسَامَةَ فِيهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ فِرَاشٍ. وَلَهُ: أَنَّ الجُرْحَ إِذَا

خرج من الوصاية.

وعلى الأصل الثاني مسألة الشفيع والوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة؛ لأنه تعرض أن يصير خصمًا بطلت الشفعة، وبالخصومة في الوكيل، فإذا سلم الشفعة أو عزل الوكيل قبل الخصومة بطلت العرضية.

وكذا الوارثان إذا شهدا بالدين على الميت وثمة وارث آخر ولم يطلبا الميراث قبلت شهادتهما؛ لأن الوارث مع الدين لا يصير خصمًا، فإن الدين مقدم، ولكنه يعترض أن يصير خصمًا بالطلب، فله قضاء الدين من موضع آخر، فإذا لم يطلب لم يكن خصمًا، إليه أشار في المبسوط، والإيضاح، والأسرار.

ولكن قال في الأسرار: فما قاله أبو حنيفة أظهر، وما قالاه أحق.

قوله: (فإن كان صاحب فراش حتى مات) يعني إذا صار صاحب فراش حين خرج في(١) تلك القبيلة.

(ثم نقل إلى أهله فمات) قيد به؛ لأنه لو كان صحيحًا يجيء ويذهب حين خرج ثم مات في أهله فلا(٢) شيء فيه، كذا في المبسوط.

قوله: (وقال أبو يوسف: لا ضمان فيه) أي لا دية ولا قسامة، وقيل: محمد معه، وهو قول ابن أبي ليلى، والأئمة الثلاثة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) في الأصل (من)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل (في)، والمثبت من النسخة الثانية.

اتَّصَلَ بِهِ المَوْتُ صَارَ قَتْلًا، وَلِهَذَا وَجَبَ القِصَاصُ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ أُضِيفَ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ المَوْتُ مِن غَيْرِ الجَرْحِ، فَلَا يَلْزَمُ بِالشَّكِّ.

(وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَعَهُ جَرِيحٌ بِهِ رَمَقٌ، حَمَلَهُ إِنْسَانٌ إِلَى أَهْلِهِ فَمَكَثَ يَوْمًا، أَوْ يَوْمَيْنِ، ثُمَّ مَاتَ، لَمْ يَضْمَنِ الَّذِي حَمَلَهُ إِلَى أَهْلِهِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَضْمَنُ) لِأَنَّ يَدَهُ بِمَنْزِلَةِ المَحَلَّةِ، فَوُجُودُهُ جَرِيحًا فِي يَدِهِ كَوُجُودِهِ فِيهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَي القَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلَهُ مِن مَسْأَلَةِ القَبِيلَةِ.

أما لا قسامة في [٢/ ٥١٤/أ] الأطراف بلا خلاف بين أهل العلم، وكذا في الجراح إذا لم يكن صاحب فراش.

لأبي يوسف أن القسامة في القتيل الموجود في المحلة بالنص، على خلاف القياس، والجريح غير[1] القتيل؛ فصار كما لو لم يكن صاحب فراش.

(وله) أي: لأبي حنيفة (أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلًا) يعني إذا صار صاحب فراش يصير مريضًا، والمريض إذا اتصل به الموت يجعل كالميت من أول سببه.

ألا ترى أنه في حكم التصرفات جعل كالميت قبل الموت، فكذا في حكم القسامة والدية يجعل كأنه مات حين جرح في ذلك الموضع، بخلاف ما إذا لم يكن صاحب فراش فهو في حكم الصحيح، فلم يجعل كالميت في حق التصرفات، فكذا في حق القسامة والدية وإن ثبت بالنص على خلاف القياس، لكن روعي ما ورد فيه النص بقدر الإمكان، وقد ورد في قتيل يوجد في المحلة لا يعلم قاتله، فهنا أيضًا شرعًا يوجد في المحلة ولا يعرف قاتله، إليه أشار في المبسوط.

وعلى هذا الخلاف مسألة الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على الذي حمله عند أبي حنيفة.

وعندهما: لم يضمن، والوجه فيه كما في مسألة المجروح في المحلة.

---

(١) في الأصل: (عن) والمثبت من النسخة الثانية.

(وَلَوْ وَجَدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ: فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِوَرَثَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَزُفَرُ: لَا شَيْءَ فِيهِ) لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ حِينَ وُجِدَ الجَرِيحُ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيَكُونُ هَدَرًا. وَلَهُ: أَنَّ القَسَامَةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِنَاءً عَلَى ظُهُورِ القَتْلِ، وَلِهَذَا لَا يَدْخُلُ فِي الدِّيَةِ مَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ، وَحَالَ ظُهُورِ القَتْلِ الدَّارُ لِلْوَرَثَةِ، ....

وفي الإيضاح: هذه المسألة بناء على مسألة مرت.

ووجه البناء: أن يد الحامل بمنزلة المحلة، فصار وجوده جريحًا في المحلة.

قوله: (فديته على عاقلته) أي: على عاقلة ورثته **(لورثته)**، وهو قياس قول أحمد والأوزاعي، فإن عندهما لو قتل نفسه خطأ تجب ديته على عاقلته، خلافا لباقي العلماء؛ لأنه لما وجد قتيلًا كانت الدار مملوكة لورثته لا له؛ لأن الميت ليس بأهل ملك؛ فتكون الدية على عاقلة ورثته.

وإنما قال على عاقلته بناء على الظاهر؛ إذ الظاهر أن عاقلة الوارث والمورث متحد، فإن كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس أن الدار مملوكة؛ لكونه على عاقلة الورثة، وهو الأصح على قياس أن غيره لو وجد قتيلًا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته، والدية على عاقلة القتيل، كذا في المبسوط.

قوله: (لا شيء فيه) يعني يهدر دمه، وبه قال الشافعي، ومالك.

قوله: (فيجعل كأنه قتل نفسه فيهدر دمه) وهذا لأنه وجد غيره قتيلًا في هذه الدار جعل هو كالمباشر لقتله في حكم الدية، فإذا وجد هو قتيلًا فيه يجعل كأنه باشر قتل نفسه فيهدر دمه.

(وله) أي: لأبي حنيفة سبب وجوب القسامة وجود القتيل في موضع يتوهم القتل فيه، كما نص عمر رضي الله عنه: «أغرمكم لوجود القتيل بين أظهركم»، ولهذا لو وجد غيره في ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته، ألا ترى أن من [باشر][1]

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ، بِخِلَافِ الْمُكَاتَبِ إِذَا وُجِدَ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ، لِأَنَّ حَالَ ظُهُورِ قَتْلِهِ بَقِيَتْ الدَّارُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيُهْدَرُ دَمُهُ.

(وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ، وَلَيْسَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ، فَوُجِدَ أَحَدُهُمَا مَذْبُوحًا، قَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَضْمَنُ الْآخَرُ الدِّيَةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُهُ)(*) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ. وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَهُ الْآخَرُ، فَلَا يَضْمَنُهُ بِالشَّكِّ. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَقْتُلُ نَفْسَهُ، فَكَانَ التَّوَهُّمُ سَاقِطًا ....

مات قبل ذلك أي: قبل ظهور القتل.

(**فتجب على عاقلتهم**) أي: على عاقلة الورثة.

فإن قيل: كيف يستقيم وجوب الدية على العاقلة لهم؛ لأن العاقلة يعقلون عنهم؟

قلنا: الدية تجب للمقتول حتى يقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه، ثم يحلف الوارث وهو نظير الصبي أو المعتوه، إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته، ويكون ميراثًا له.

قوله: (**بقيت الدار على حكم ملكه**) لبقاء عقد الكتابة، فلهذا جعل كأنه قتل نفسه، أما فيما نحن فيه حين وجود القتل الملك للورثة، فافترقا.

وفي الكافي: اختلف المشايخ في وجوب القسامة على عاقلته على قول أبي حنيفة.

واختار شمس الأئمة السرخسي: لا تجب القسامة هنا؛ لأنه لو وجد غيره قتيلًا تكون القسامة عليه دون عاقلته، فإذا وجد هو قتيلًا يتعذر إيجاب القسامة، بخلاف الدية.

قال أبو يوسف: يضمن الآخر الدية.

وقالت الأئمة الثلاثة: وجد قتيل لا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بدم، يغلب على الظن أنه قتله فهو لوث، وإلّا لا.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

كَمَا إذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلَّةٍ. (وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي قَرْيَةٍ لِامْرَأَةٍ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهَا القَسَامَةُ تُكَرَّرُ عَلَيْهَا الأَيْمَانُ، وَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهَا، أَقْرَبِ القَبَائِلِ إلَيْهَا فِي النَّسَبِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: القسامَةُ عَلَى العَاقِلَةِ أَيْضًا) لِأَنَّ القَسَامَةَ إنَّمَا تَجِبُ عَلَى مَنْ كَانَ مِن أَهْلِ النُّصْرَةِ، وَالمَرْأَةُ لَيْسَتْ مِن أَهْلِهَا، فَأَشْبَهَت الصَّبِيَّ. وَلَهُمَا: أَنَّ القَسَامَةَ لِنَفْيِ التُّهْمَةِ، وَتُهْمَةُ القَتْلِ مِن المَرْأَةِ مُتَحَقِّقَةٌ.

قَالَ المُتَأَخِّرُونَ: إنَّ المَرْأَةَ تَدْخُلُ مَعَ العَاقِلَةِ فِي التَّحَمُّلِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ، لِأَنَّا أَنْزَلْنَاهَا قَاتِلَةً، وَالقَاتِلُ يُشَارِكُ العَاقِلَةَ.

(وَلَوْ وُجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي أَرْضِ رَجُلٍ إلَى جَانِبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحِبُ الأَرْضِ مِن أَهْلِهَا، قَالَ: هُوَ عَلَى صَاحِبِ الأَرْضِ) لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِنُصْرَةِ أَرْضِهِ مِن أَهْلِ القَرْيَةِ.

قوله: (كما إذا وجد قتيل في محلة) فإن توهم قتل نفسه ساقط هناك، فكذا هاهنا.

قوله: (قال المتأخرون) أي: من أصحابنا: **(إن المرأة تدخل مع العاقلة في هذه)** قيد به؛ لأن المرأة لا تدخل مع العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور على ما يجيء في العواقل؛ لأن النصرة لا تقوم بها.

أما إذا كانت هي المباشرة للقتل فعليها جزء من الدية؛ لأن القتل واحد من [٢/ ٥١٤/ب] العواقل؛ باعتبار مباشرته فإنه لما وجب على غير المباشر لأجله فعلى المباشر أولى، فكذلك هاهنا وجوب جزء على المالك باعتبار أن التدبير وحفظه في ملكه له، وفي هذا الرجل والمرأة سواء، بخلاف الصبي؛ لأنه ليس له رأي في ذلك، وإنما الرأي لعشيرته خاصة، كذا في المبسوط.

قوله: (ليس صاحب الأرض من أهلها) أي: من أهل القرية **(فهو)** أي: وجوب القسامة والدية على صاحب الأرض دون أهل القرية؛ لأن التدبير في حفظ الملك الخاص إلى المالك دون غيره، فيجعل كأن المالك هو القاتل، كذا في المبسوط.

كِتَابُ المَعَاقِلِ

المَعَاقِلُ: جَمْعُ مَعْقُلَةٍ، ....

(كِتَابُ الْمَعَاقِلِ)

لما بين أحكام القتل الخطأ وتوابعه وأحكامه شرع في بيان من تجب عليه الدية، إذ لا بد من معرفتها، ومن محاسنه المعاونة لمن لحقه الجبران بسبب الخطأ.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: طعن بعض الملحدين من مبطلي الرسل على هذا، وقال: لا جناية من العاقلة، ووجوب الدية باعتبارها، فيكون في مال القاتل.

وحكي ذلك عن أبي بكر الأصم، والخوارج أنهم قالوا: تجب الدية في مال القاتل، يؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام:١٦٤]، وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر:٣٨]، وقوله ﷺ: «**ألَا لا تَجنِي نفسٌ علَى نفسٍ أُخرَى**».

ألا ترى أن من أتلف دابة قيمته تجحف بمال المتلف لا يجب الضمان على العاقلة.

قلنا: إيجاب الدية على العاقلة مشهورة ثبتت بالأحاديث المشهورة، وعليه عمل الصحابة والتابعين، فيزاد على كتاب الله تعالى.

وأما الآية فتدل على أنه لا تحمل وازرة وزر أخرى، وهذا مسلم، لكن العاقلة يتحملون باعتبار تقصيرهم بتركهم حفظه ومراقبته، وإنما خصوا بالضم لما ذكر في الكتاب، وكانوا قبل الشرع تحملوا الدية، فإن عشيرة القبائل كانوا يتحملون تكرمًا واصطناعًا بالمعروف كيلا يجحف المعذور، فالشرع قرر ذلك، وتوجد هذه العادة بين الناس، فإن من لحقه خسران من سرق أو حرق يجتمعون ويجمعون له مالًا لهذا المعنى، فأوجب الشرع للعقل في الخطأ على ما اعتادوا تكرمًا واصطناعًا بالمعروف.

قوله: (**المعاقل جمع معقلة**) بضم القاف، وسَمَّى الدية عقلًا ومعقلة باعتبار

وَهِيَ الدِّيَةُ، وَتُسَمَّى الدِّيَةُ عَقْلًا لِأَنَّهَا تَعْقِلُ الدِّمَاءَ مِن أَنْ تُسْفَكَ: أَيْ تُمْسِكُ. قَالَ: (وَالدِّيَةُ فِي شِبْهِ العَمْدِ وَالخَطَإِ، وَكُلُّ دِيَةٍ تَجِبُ بِنَفْسِ القَتْلِ عَلَى العَاقِلَةِ، وَالعَاقِلَةُ الَّذِينَ يَعْقِلُونَ) يَعْنِي يُؤَدُّونَ العَقْلَ وَهُوَ الدِّيَةُ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الدِّيَاتِ. وَالأَصْلُ فِي وُجُوبِهَا عَلَى العَاقِلَةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثِ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ لِلْأَوْلِيَاءِ: «قُومُوا فَدُوهُ» وَلِأَنَّ النَّفْسَ مُحْتَرَمَةٌ لَا وَجْهَ إِلَى الإِهْدَارِ، وَالخَاطِئُ مَعْذُورٌ، وَكَذَا الَّذِي تَوَلَّى شِبْهَ العَمْدِ، نَظَرًا إِلَى الآلَةِ، فَلَا وَجْهَ إِلَى إِيجَابِ العُقُوبَةِ عَلَيْهِ، وَفِي إِيجَابِ مَالٍ عَظِيمٍ إِجْحَافُهُ وَاسْتِئْصَالُهُ، فَيَصِيرُ عُقُوبَةً، فَضُمَّ إِلَيْهِ العَاقِلَةُ تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ. وَإِنَّمَا خُصُّوا بِالضَّمِّ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَصَّرَ لِقُوَّةٍ فِيهِ، وَتِلْكَ بِأَنْصَارِهِ،

منعه من سفك الدم، والمعنى الجامع اللغوي المنع، وسمي العقل عقلًا؛ لأنه يمنع عن الجري على موجب الهوى، ومنه العقال.

وقوله: (وكل دية وجبت بنفس القتل) مبتدأ، وقوله: (على العاقلة) خبره.

والمراد بقوله: (بنفس القتل) ابتداء، ويحترز عن دية تجب بسبب الصلح في القتل العمد أو بسبب الأبوة فهي في مال القاتل لا العاقلة.

(وقد ذكرناه) أي: الدية بتأويل العقل في حديث حَمَلِ بن مالك، وقد مر قصته في فصل الجنين.

قوله: (وهو الذي تولى شبه العمد) وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله، يقال أجحف به أي: أهلكه واستأصله.

قوله: (لأنه) أي: القاتل (إنما قصر) أي: في حالة الرمي مثلًا في التثبت والتوقف (لقوة [فيه][1]) في القاتل (وتلك) أي: تلك القوة (بأنصاره) أي: تلك القوة يجد المرء في نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره، وإنما ينصره عاقلته فخصوا به وإن لم يعلموا.

الديوان: الجريدة من دون الكتب إذا جمعها؛ لأنها قطع من القراطيس مجموعة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَهُمُ العَاقِلَةُ، فَكَانُوا هُمُ المُقَصِّرِينَ فِي تَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتَهُ فَخُصُّوا بِهِ.

قَالَ: (وَالعَاقِلَةُ: أَهْلُ الدِّيوَانِ إِنْ كَانَ القَاتِلُ مِن أَهْلِ الدِّيوَانِ، يُؤْخَذُ مِن عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) وَأَهْلُ الدِّيوَانِ أَهْلُ الرَّايَاتِ، وَهُمُ الجَيْشُ الَّذِينَ كُتِبَتْ أَسَامِيهِمْ فِي الدِّيوَانِ، وَهَذَا عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الدِّيَةُ عَلَى أَهْلِ العَشِيرَةِ، لِأَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ، ....

ويروى أن عمر ﷺ أول من دون الدواوين أي: رتب الجرائد للولاة والقضاة، يقال: فلان من أهل الديوان أي: ممن أثبت اسمه في الجريدة.

والعطاء: ما يفرض للمقاتلة، والرزق: ما يفرض لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة، كذا في المغرب.

وقيل: العطاء: ما يخرج للجندي من بيت المال سنة مرة أو مرتين، والرزق: ما يخرج له كل شهر، وعن الحلواني: كل سنة أو شهر، وقيل كل يوم.

قوله: (وقال الشافعي: الدية على أهل العشيرة) وهم العصبات، وبه قال مالك، وأحمد، وأكثر أهل العلم.

وكل من عدا العصبة ليس من العاقلة، واختلف في الآباء والبنين، فقال الشافعي، وأحمد في رواية: ليس آباؤه وأبناؤه وإن علا وسفل من العاقلة؛ لما روى أبو هريرة ﷺ أن امرأتين(١) من هذيل اقتتلتا، فرمت إحداهما [٢/ ٥١٥/ أ] بحجر فقتلت الأخرى، فاختصموا إلى النبي ﷺ فقضى بديتها على عاقلتها، وورثها ولدها، وفي رواية جعل العقل على العصبة، وميراثها لبنيها، رواه أبو داود والنسائي.

وفي رواية عن جابر أنه ﷺ جعل دِيَتَها على عاقلتها، وبرَّأ زوجها وولدها، فقالت عاقلة المقتول: ميراثُها لنا، فقال ﷺ: «**ميراثُها لِزَوجِها وَوَلَدِها**» رواه أبو داود.

---

(١) في النسخ الثلاث: (امرأتان) والمثبت الصواب.

وَلَا نَسْخَ بَعْدَهُ، وَلِأَنَّهُ صِلَةٌ، وَالأَوْلَى بِهَا الأَقَارِبُ. وَلَنَا قَضِيَّةُ عُمَرَ ﷺ فَإِنَّهُ لَمَّا دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ جَعَلَ العَقْلَ عَلَى أَهْلِ الدِّيوَانِ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِن الصَّحَابَةِ ﷺ مِن غَيْرِ نَكِيرٍ مِنْهُمْ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِنَسْخٍ، بَلْ هُوَ تَقْرِيرُ مَعْنًى، لِأَنَّ العَقْلَ كَانَ عَلَى أَهْلِ النُّصْرَةِ، وَقَدْ كَانَتْ بِأَنْوَاعٍ: بِالقَرَابَةِ، وَالحِلْفِ، وَالوَلَاءِ وَالعَدِّ.

وإذا ثبت هذا في الأولاد ألحقنا الولد به؛ لأنه في معناه.

وقال مالك، وأحمد في رواية: يدخل في العاقلة أبو القاتل وابنه، وهو قولنا عند عدم أهل الديوان.

وعن بعض مشايخنا: لا يدخلون كما يجيء لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه ﷺ قضى أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئًا إلا ما فضل عن ورثتها رواه أبو داود.

ولأن العقل موضوع على التناصر من أهله وأنهم عصبة فأشبهوا الإخوة.

قوله: (**ولا نسخ بعده**)؛ لأنه لا يكون إلا بوحي على لسان نبي، ولا نبي بعده (**ولأنه**) أي: العقل (**صلة**)، والأقارب أحق بالصلات كالإرث والنفقات.

قوله: (**من غير نكير منهم**) أي: من الصحابة، وكان إجماعًا.

فإن قيل: هذا إجماع على خلاف ما قضى رسول الله ﷺ، فكيف يظن بهم؟

قلنا: هذا إجماع على وفاق ما قضى رسول الله ﷺ، وإنما قضى على العشيرة باعتبار النصرة، ولهذا لا يؤخذ من النسوان والصبيان من عشيرته؛ لأنهم ليسوا من أهل النصرة، ثم لما دوَّن عمرُ الدواوين صارت النصرة بالديوان، فقضى بالدية على أهل الديوان.

وقد روي أن يوم الجمل وصفين جعل بإزاء كل قبيلة من كان من أهل تلك القبيلة ليكونوا هم الذين يقاتلون قومهم، وهذا معنى قول الشيخ: (**ذلك بنسخ**) إلى آخره.

وذكر ابن قدامة الحنبلي في المغني: وقضاء النبي ﷺ أولى من قضاء عمر.

قلنا: مسلم إذا كان قضاؤهم مخالفًا وليس كذلك لما بيناه.

(**الحِلْف**) أي: العهد، والمراد هنا ولاء الموالاة، والحلف بكسر الحاء

وَفِي عَهْدِ عُمَرَ ﷺ قَدْ صَارَتْ بِالدِّيوَانِ، فَجَعَلَهَا عَلَى أَهْلِهِ اتِّبَاعًا لِلْمَعْنَى، وَلِهَذَا قَالُوا: لَوْ كَانَ اليَوْمَ قَوْمٌ تَنَاصُرُهُمْ بِالحِرَفِ فَعَاقِلَتُهُمْ أَهْلُ الحِرْفَةِ، وَإِنْ كَانَ بِالحِلْفِ فَأَهْلُهُ وَالدِّيَةُ صِلَةٌ كَمَا قَالَ، لَكِنَّ إِيجَابَهَا فِيمَا هُوَ صِلَةٌ ـ وَهُوَ العَطَاءُ ـ أَوْلَى مِنْهُ فِي أُصُولِ أَمْوَالِهِمْ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثِ سِنِينَ مَرْوِيٌّ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَمَحْكِيٌّ عَنْ عُمَرَ ﷺ، وَلِأَنَّ الأَخْذَ مِن العَطَاءِ لِلتَّخْفِيفِ، وَالعَطَاءُ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً (فَإِنْ خَرَجَت العَطَايَا فِي أَكْثَرَ مِن ثَلَاثِ سِنِينَ، أَوْ أَقَلَّ، أُخِذَ مِنْهَا) لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وَتَأْوِيلُهُ: إِذَا كَانَتْ العَطَايَا لِلسِّنِينَ المُسْتَقْبَلَةِ بَعْدَ القَضَاءِ، حَتَّى لَو اجْتَمَعَتْ فِي السِّنِينَ المَاضِيَةِ قَبْلَ القَضَاءِ، ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَ القَضَاءِ، لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا، لِأَنَّ الوُجُوبَ بِالقَضَاءِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَلَوْ خَرَجَ لِلْقَاتِلِ ثَلَاثُ عَطَايَا فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ، مَعْنَاهُ فِي المُسْتَقْبِلِ، يُؤْخَذُ مِنْهَا كُلُّ الدِّيَةِ، لِمَا ذَكَرْنَا، وَإِذَا كَانَ جَمِيعُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، فَكُلُّ ثُلُثٍ مِنْهَا فِي سَنَةٍ، وَإِنْ كَانَ الوَاجِبُ بِالعَقْلِ ثُلُثَ دِيَةِ النَّفْسِ، أَوْ أَقَلَّ، كَانَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ، وَمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلَى تَمَامِ الثُّلُثَيْنِ

العهد بين القوم، والمراد بالولاء ولاء العتاقة، [والعدد][1] وفي بعض النسخ والعديد، وهو أن يعد منهم، يقال: فلان عديد بني فلان أي: يعد فيهم.

قوله: (أولى منه) أي: من الإيجاب (في أصول أموالهم).

قوله: (مروي عنه عليه الصلاة والسلام محكي عن عمر) وعلي أيضًا، ولا خلاف لأهل العلم فيه، ولأن الدية فرضت في عطيته، في كل عطية يخرج له ثلث الدية؛ فيكون جميع الدية مفروضًا في ثلاث عطيات، وثلاث عطيات مؤجلة بثلاث سنين، فأخذت الدية أيضًا في ثلاث سنين ضرورة، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (ولو خرج للقاتل) وفي بعض النسخ (للقابل) أي: للعام القابل، وهو الأصح.

وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله: (لأن الوجوب بالقضاء).

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ إِلَى تَمَامِ الدِّيَةِ فِي السَّنَةِ الثَّالِثَةِ، وَمَا وَجَبَ عَلَى العَاقِلَةِ مِن الدِّيَةِ، أَوْ عَلَى القَاتِلِ، بِأَنْ قَتَلَ الأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا، فَهُوَ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَمَا وَجَبَ عَلَى القَاتِلِ فِي مَالِهِ فَهُوَ حَالٌّ، لِأَنَّ التَّأْجِيلَ لِلتَّخْفِيفِ لِتَحَمُّلِ العَاقِلَةِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ العَمْدُ المَحْضُ.

وَلَنَا: أَنَّ القِيَاسَ يَأْبَاهُ، وَالشَّرْعَ وَرَدَ بِهِ مُؤَجَّلًا، فَلَا يَتَعَدَّاهُ.

وَلَوْ قَتَلَ عَشَرَةٌ رَجُلًا خَطأً: فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ عُشْرُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالكُلِّ، إِذْ هُوَ بَدَلُ النَّفْسِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ مُدَّةُ ثَلَاثِ سِنِينَ مِن وَقْتِ القَضَاءِ بِالدِّيَةِ لِأَنَّ الوَاجِبَ الأَصْلِيَّ المِثْلُ، وَالتَّحَوُّلَ إِلَى القِيمَةِ بِالقَضَاءِ، فَيُعْتَبَرُ ابْتِدَاؤُهَا مِن وَقْتِهِ كَمَا فِي وَلَدِ المَغْرُورِ.

قوله: (وقال الشافعي: ما وجب في مال القاتل فهو حالٌّ)، وبه قال مالك، وأحمد، وقد مرت المسألة.

(ولنا أن القياس يأباه) أي: إيجاب المال بمقابلة النفس؛ لعدم المماثلة بينهما كما ذكر في الأصول، **(ولكن الشرع ورد به)** أي: بإيجاب المال بمقابلة النفس إذا كان القتل خطأ صونا للدم عن الهدر **(مؤجّلًا فلا يتعداه)**.

قوله: (إنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء) هذا هو الموعود قبله.

وقالت الأئمة الثلاثة: من حين القتل؛ لأنه سبب وجوبه.

وقلنا: إن وجوب المال بالقضاء، وقبل القضاء ليس بواجب؛ لأن ضمان المتلفات تكون بالمثل بالنص، ومثل النفس النفس؛ لأنه إذا رفع إلى القاضي، وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة، وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بقضائه إلى المال كما في ولد المغرور، فإن قيمة المال تجب بالقصاص؛ لتحقق العجز من رد العين، ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن شيئًا، فاعتبر قيمته يوم القضاء، وهو نظير الأجل[1] في حق العنين، فإنه معتبر من وقت الخصومة.

---

(١) في الأصل: (نظر الأصل) والمثبت من الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِن أَهْلِ الدِّيوَانِ، فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ) لِأَنَّ نُصْرَتَهُ بِهِمْ، وَهِيَ الْمُعْتَبَرَةُ فِي التَّعَاقُلِ. قَالَ: (وَتُقْسَمُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، لَا يُزَادُ الوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمَ فِي كُلِّ سَنَةٍ، وَيَنْقُصُ مِنْهَا) قَالَ ﷺ: كَذَا ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي مُخْتَصَرِهِ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يُزَادُ عَلَى أَرْبَعَةٍ مِن جَمِيعِ الدِّيَةِ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يُزَادُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِن جَمِيعِ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ، أَوْ أَرْبَعَةٍ، فَلَا يُؤْخَذُ مِن كُلِّ وَاحِدٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ إِلَّا دِرْهَمٌ، أَوْ دِرْهَمٌ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ، وَهُوَ الأَصَحُّ.

قوله: (فعاقلته قبيلته) أي: أقاربه **(وهي)** أي: النصرة **(المعتبرة في التعاقل)**، فصارت حالته كحال من كان على عهد رسول الله ﷺ، [٢/ ٥١٥/ب] وقد بينا أنه قضى بالعقل على الأقارب.

وأفتى أبو الليث، وأبو جعفر الهندواني، وظهير الدين المرغيناني: أنه لا عاقلة للعجم؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم، ولا يتناصرون فيما بينهم، وهو الأشبه، وأكثر المشايخ قالوا: لا للعجم عاقلة؛ لأن لهم عادة في التناصر كالكلاباذي، ودرب الخشابين ببخارى، والسراجين والصرافين بسمرقند، وبه كان يفتي محمد بن سلمة، وشمس الأئمة الحلواني.

فعلى هذا القياس طلبة العلم يكون بعضهم عاقلة بعض.

وقال الإسْبِيجابي: أهل صناعة القاتل عاقلته وديوانه، ولكن يشترط أن يكونوا يتناصرون بها، وهو اختيار كثير من المشايخ، كذا في المغني.

قوله: (وهذا إشارة) أي: قوله **(على أربعة دراهم في كل سنة)** إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية؛ لأنه قيد نفي الزيادة على أربعة في حق السنة الواحدة لا في ثلاث سنين، فكان المأخوذ من كل واحد في ثلاث سنين أكثر من أربعة اثني عشر درهما، وهكذا ظن بعض مشايخنا، وهذا غلط **(لأن محمدا نص)** إلى آخره **(وهو الأصح)**.

وقال مالك، وأحمد في رواية: لا تقدير فيه، فيحملون ما يطيقون؛ إذ التقدير لا يثبت إلا بالتوقيف، ولا نص فيه، فيفوض إلى رأي الحاكم كتقادير النفقات.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَتَّسِعُ القَبِيلَةُ لِذَلِكَ: ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ) مَعْنَاهُ: نَسَبًا، كُلُّ ذَلِكَ لِمَعْنَى التَّخْفِيفِ، وَيُضَمُّ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ عَلَى تَرْتِيبِ العَصَبَاتِ: الإِخْوَةُ

وقال الشافعي، وأحمد في رواية: يجب على الغني نصف الدينار؛ لأنه أقل ما يتقدر في الزكاة، وعلى المتوسط ربع الدينار؛ لأن ما دون ذلك تافه لا تقطع اليد فيه.

وقالت عائشة: لا تقطع اليد في التافه.

وقلنا: العقل صلة تجب على سبيل المواساة كالنفقة، فيستوي فيه الغني والمتوسط، واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه.

وقال بعضهم: يتكرر الواجب في الأعوام، فيكون الواجب على الغني في ثلاث سنين دينارًا ونصفًا، وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار.

وقال بعضهم: لا يتكرر؛ لأن في إيجاب الزيادة على النصف إيجاب زيادة على أقل الزكاة، فيكون مضرًا، ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول كالزكاة.

ولو اجتمع من العاقلة عدد كثير فقال الشافعي في قول، وأحمد: يقسم على جميعهم بحسب الغنى والتوسط؛ لاستوائهم في القرابة كالميراث.

وقال الشافعي في آخر: يخص الحاكم من شاء منهم، فيفرض عليهم هذا العدد؛ لئلا ينقص عن القدر الواجب، فيصير إلى الشيء التافه.

قوله: (معناه: نسبًا)، وفي الذخيرة: قال المشايخ: هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب؛ لأنهم حفظوا أنسابهم، فأمكنا إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب، أما[1] لا يستقيم في حق العجم؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم، فبعد ذلك اختلف المشايخ.

قال بعضهم: يعتبر المحالّ، والقرى الأقرب فالأقرب.

وقال بعضهم: يجب الباقي في مال الجاني، هذا الذي ذكرنا فيما إذا كان للجاني عاقلة، فأما إذا لم يكن له عاقلة فعقله في بيت المال، ويجيء بيان الخلاف فيه.

---

(١) في الأصل (وما)، والمثبت من النسخة الثانية.

ثُمَّ بَنُوهُمْ، ثُمَّ الأَعْمَامُ ثُمَّ بَنُوهُمْ. وَأَمَّا الآبَاءُ وَالأَبْنَاءُ فَقِيلَ: يَدْخُلُونَ لِقُرْبِهِمْ، وَقِيلَ: لَا يَدْخُلُونَ، لِأَنَّ الضَّمَّ لِنَفْيِ الحَرَجِ، حَتَّى لَا يُصِيبَ كُلَّ وَاحِدٍ أَكْثَرُ مِن ثَلَاثَةٍ، أَوْ أَرْبَعَةٍ، وَهَذَا المَعْنَى إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ الكَثْرَةِ، وَالآبَاءُ وَالأَبْنَاءُ لَا يَكْثُرُونَ، وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الرَّايَاتِ إِذَا لَمْ يَتَّسِعْ لِذَلِكَ أَهْلُ رَايَةٍ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الرَّايَاتِ، يَعْنِي أَقْرَبَهُمْ نُصْرَةً إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ الأَقْرَبَ فَالأَقْرَبَ، وَيُفَوَّضُ ذَلِكَ إِلَى الإِمَامِ، لِأَنَّهُ هُوَ العَالِمُ بِهِ، ثُمَّ هَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِينَارٍ، فَيُسَوَّى بَيْنَ الكُلِّ، لِأَنَّهُ صِلَةٌ، فَيُعْتَبَرُ بِالزَّكَاةِ، وَأَدْنَاهَا ذَلِكَ، إِذْ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَهُمْ نِصْفُ دِينَارٍ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: هِيَ أَحَطُّ رُتْبَةً مِنْهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَا تُؤْخَذُ مِن أَصْلِ المَالِ فَيُنْتَقَصُ مِنْهَا تَحْقِيقًا لِزِيَادَةِ التَّخْفِيفِ.

(وَلَوْ كَانَتْ عَاقِلَةُ الرَّجُلِ أَصْحَابَ الرِّزْقِ، يُقْضَى بِالدِّيَةِ فِي أَرْزَاقِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، فِي كُلِّ سَنَةٍ الثُّلُثُ) لِأَنَّ الرِّزْقَ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ العَطَاءِ، قَائِمٌ مُقَامَهُ، إِذْ كُلٌّ مِنْهُمَا صِلَةٌ مِن بَيْتِ المَالِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ كَانَتْ أَرْزَاقُهُمْ تَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ، فَكُلَّمَا يَخْرُجُ رِزْقٌ يُؤْخَذُ مِنْهُ الثُّلُثُ بِمَنْزِلَةِ العَطَاءِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَخَرَجَ بَعْدَ القَضَاءِ، يُؤْخَذُ مِنْهُ سُدُسُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ شَهْرٍ، يُؤْخَذُ مِن كُلِّ رِزْقٍ بِحِصَّتِهِ مِن الشَّهْرِ، حَتَّى يَكُونَ المُسْتَوْفَى فِي كُلِّ سَنَةٍ مِقْدَارَ الثُّلُثِ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْدَ القَضَاءِ بِيَوْمٍ، أَوْ أَكْثَرَ، أُخِذَ مِن رِزْقِ ذَلِكَ الشَّهْرِ بِحِصَّةِ الشَّهْرِ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ أَرْزَاقٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ، وَأَعْطِيَةٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ، فُرِضَتْ الدِّيَةُ فِي الأَعْطِيَةِ دُونَ الأَرْزَاقِ، لِأَنَّهُ أَيْسَرُ، إِمَّا لِأَنَّ الأَعْطِيَةَ أَكْثَرُ، أَوْ لِأَنَّ الرِّزْقَ لِكِفَايَةِ الوَقْتِ، فَيَتَعَسَّرُ الأَدَاءُ مِنْهُ، وَالأَعْطِيَاتُ لِيَكُونُوا فِي الدِّيوَانِ قَائِمِينَ بِالنُّصْرَةِ فَيَتَيَسَّرَ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: (وَأُدْخِلَ القَاتِلُ مَعَ العَاقِلَةِ، فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ) لِأَنَّهُ هُوَ الفَاعِلُ، فَلَا مَعْنَى لِإِخْرَاجِهِ وَمُؤَاخَذَةِ غَيْرِهِ.

قوله: (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعني إذا كان من أهل العطاء، أما إذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا، ذكره في المبسوط؛ لأن الآخذ من أهل العطاء.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ عَلَى القَاتِلِ شَيْءٌ مِن الدِّيَةِ، اعْتِبَارًا لِلْجُزْءِ بِالكُلِّ فِي النَّفْيِ عَنْهُ، وَالجَامِعُ كَوْنُهُ مَعْذُورًا.

قُلْنَا: إِيجَابُ الكُلِّ إِجْحَافٌ بِهِ، وَلَا كَذَلِكَ إِيجَابُ الجُزْءِ، وَلَوْ كَانَ الخَاطِئُ مَعْذُورًا، فَالبَرِيءُ مِنْهُ أَوْلَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

(وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ وَالذُّرِّيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ حَظٌّ فِي الدِّيوَانِ عَقْلٌ) لِقَوْلِ عُمَرَ ﵁: لَا يَعْقِلُ مَعَ العَاقِلَةِ صَبِيٌّ وَلَا امْرَأَةٌ، وَلِأَنَّ العَقْلَ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَى أَهْلِ النُّصْرَةِ

وقال الشافعي: لا يجب على القاتل، وبه قال مالك، وأحمد؛ لما روي أنه ﷺ قضى بالدية على العاقلة متفق عليه.

وهذا يقتضي أنه قضى بجميعها، ويعتبر الجزء بالكل؛ لأن الخطأ مرفوع بالحديث، وإنما يتحقق ذلك إذا لم يكن عليه شيء من الدية، وكذا المعنى الذي يوجب نفي سائر الأجزاء عنه، وهو النصرة أو الصلة بمقتضى نفي هذا الجزء عنه.

ولنا أن الإيجاب على العاقلة لدفع الإجحاف، وذا في الكل لا في الجزء؛ لأن الإيجاب عليهم باعتبار النصرة، ولا شك أنه ينصر نفسه كما ينصر غيره.

(والبريء عنه) أي: عن الخطأ **(أولى)** يعني غير الجاني أبعد من المؤاخذة من الجاني المعذور، فإذا وجب على كل واحد من العاقلة جزء من الدية مع أنه بريء، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، فلأن يجب عليه وهو جان أولى.

(وليس على النساء والذرية) أي: على من يبلغ شيء.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المرأة والصبي لا يعقلان مع العاقلة، وكذا على الفقير، وهو قول مالك، والشافعي، وأصحاب الظاهر.

وحكى بعض أصحابنا عن مالك، وأبي حنيفة أن الفقير يدخل في التحمل، وهو رواية عن أحمد؛ لأنه من أهل النصرة، فكان كالغني.

والصحيح الأول؛ لأن تحمل العاقلة مواساة، فلا يلزم الفقير كالزكاة والنفقة.

لِتَرْكِهِمْ مُرَاقَبَتَهُ، وَالنَّاسُ لَا يَتَنَاصَرُونَ بِالصِّبْيَانِ وَالنِّسَاءِ، وَلِهَذَا لَا يُوضَعُ عَلَيْهِمْ مَا هُوَ خَلَفٌ عَنِ النُّصْرَةِ، وَهُوَ الجِزْيَةُ، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ القَاتِلُ صَبِيًّا، أَو امْرَأَةً، لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا مِنَ الدِّيَةِ، بِخِلَافِ الرَّجُلِ، لِأَنَّ وُجُوبَ جُزْءٍ مِنَ الدِّيَةِ عَلَى القَاتِلِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَحَدُ العَوَاقِلِ، لِأَنَّهُ يَنْصُرُ نَفْسَهُ، وَهَذَا لَا يُوجَدُ فِيهِمَا، وَالفَرْضُ لَهُمَا مِنَ العَطَاءِ لِلْمَعُونَةِ لَا لِلنُّصْرَةِ كَفَرْضِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَرَضِيَ اللَّهُ عَنْهُنَّ.

(وَلَا يَعْقِلُ أَهْلُ مِصْرٍ عَنْ مِصْرٍ آخَرَ) يُرِيدُ بِهِ، أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِأَهْلِ كُلِّ مِصْرٍ دِيوَانٌ عَلَى حِدَةٍ، لِأَنَّ التَّنَاصُرَ بِالدِّيوَانِ عِنْدَ وُجُودِهِ، وَلَوْ كَانَ بِاعْتِبَارِ القُرْبِ فِي السُّكْنَى، فَأَهْلُ مِصْرِهِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرٍ آخَرَ (وَيَعْقِلُ أَهْلُ كُلِّ مِصْرٍ مِنْ أَهْلِ سَوَادِهِمْ) لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعٌ لِأَهْلِ المِصْرِ، فَإِنَّهُمْ إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ اسْتَنْصَرُوا بِهِمْ، فَيَعْقِلُهُمْ أَهْلُ

قوله: (وعلى هذا لو كان القاتل صبيًّا، أو [٢/٥١٦/أ] امرأة لا شيء عليهما من الدية)، وفي فتاوى قاضي خان: لو كان القاتل امرأة أو صبيًّا هل يجب عليهما شيء؟

اختلف المشايخ فيه، والصحيح أن القاتل يشارك العاقلة سواء كان صبيًّا أو امرأة أو مجنونًا، وكذا أبو القاتل وابنه من العاقلة، والزوج لا يكون عاقلة المرأة، وكذا المرأة لا تكون عاقلة الزوج، وكذا في المغني.

وفي الأب والابن خلاف الشافعي، وقدم[١] هذه المسألة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قتيل في دار امرأة أن القاتلة تشارك العاقلة عند المتأخرين، يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور.

قوله: (والفرض لهما للمعونة) أي: في معاشهما **(لا للنصرة)**، وهذا جواب سؤال مقدر، وهو [أن][٢] يقال: يفرض الإمام لنا الغزاة وذرياتهم من العطاء، والعطاء يدفع للنصرة، فأجاب أن (الفرض لهما باعتبار المعونة) إلى آخره.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

المِصْرِ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى القُرْبِ فِي النُّصْرَةِ (وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بِالبَصْرَةِ وَدِيوَانُهُ بِالكُوفَةِ، عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الكُوفَةِ) لِأَنَّهُ يَسْتَنْصِرُ بِأَهْلِ دِيوَانِهِ لَا بِجِيرَانِهِ.

وَالحَاصِلُ: أَنَّ الِاسْتِنْصَارَ بِالدِّيوَانِ أَظْهَرُ، فَلَا يَظْهَرُ مَعَهُ حُكْمُ النُّصْرَةِ بِالقَرَابَةِ، وَالنَّسَبِ، وَالوَلَاءِ، وَقُرْبِ السُّكْنَى وَغَيْرِهِ، وَبَعْدَ الدِّيوَانِ النُّصْرَةُ بِالنَّسَبِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ كَثِيرٌ مِن صُوَرِ مَسَائِلِ المَعَاقِلِ (وَمَنْ جَنَى جِنَايَةً مِن أَهْلِ المِصْرِ، وَلَيْسَ لَهُ فِي الدِّيوَانِ عَطَاءٌ، وَأَهْلُ البَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ، وَمَسْكَنُهُ المِصْرُ، عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الدِّيوَانِ مِن ذَلِكَ المِصْرِ) وَلَمْ يُشْتَرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الدِّيوَانِ قَرَابَةٌ، قِيلَ: هُوَ صَحِيحٌ، لِأَنَّ الَّذِينَ يَذُبُّونَ عَنْ أَهْلِ المِصْرِ، وَيَقُومُونَ بِنُصْرَتِهِمْ، وَيَدْفَعُونَ عَنْهُمْ أَهْلُ الدِّيوَانِ مِن أَهْلِ المِصْرِ وَلَا يَخُصُّونَ بِهِ أَهْلَ العَطَاءِ.

وَقِيلَ تَأْوِيلُهُ: إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُمْ، وَفِي الكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ حَيْثُ قَالَ: وَأَهْلُ البَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِن أَهْلِ مِصْرٍ، وَهَذَا لِأَنَّ الوُجُوبَ عَلَيْهِمْ بِحُكْمِ القَرَابَةِ، وَأَهْلُ المِصْرِ أَقْرَبُ مِنْهُمْ مَكَانًا، فَكَانَتْ القُدْرَةُ عَلَى النُّصْرَةِ لَهُمْ ....

قوله: (فالحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر) عندنا وقد مر خلاف الأئمة الثلاثة.

وعن هذا قال في المبسوط: لو أن أخوين لأب وأم ديوان أحدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل أحدهما عن صاحبه، وإنما يعقل عن كل واحد أهل ديوانه.

وقوله: (وغيره) هو العد والحلف وأهل البادية (أقرب إليه) أي: قرابة ونسبًا.

(وقيل هو صحيح) أي: قوله: (لم يشترط) إلى آخره، يعني عدم اشتراط القرابة بينه وبين أهل الديوان صحيح.

وقوله: (من أهل المصر) بيان لقوله: (أهل الديوان) أي: أهل الديوان الذين هم أهل المصر.

قوله: (إذا كان قريبا لهم) أي: ذا قرابة.

وَصَارَ نَظِيرَ مَسْأَلَةِ الغَيْبَةِ المُنْقَطِعَةِ (وَلَوْ كَانَ البَدْوِيُّ نَازِلًا فِي المِصْرِ لَا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ، لَا يَعْقِلُهُ أَهْلُ المِصْرِ) لِأَنَّ أَهْلَ العَطَاءِ لَا يَنْصُرُونَ مَنْ لَا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ، كَمَا أَنَّ أَهْلَ البَادِيَةِ لَا تَعْقِلُ عَنْ أَهْلِ المِصْرِ النَّازِلِ فِيهِمْ، لِأَنَّهُ لَا يَسْتَنْصِرُ بِهِمْ (وَإِنْ كَانَ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوفَةٌ يَتَعَاقَلُونَ بِهَا، فَقَتَلَ أَحَدُهُمْ قَتِيلًا، فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ المُسْلِمِ) لِأَنَّهُمْ التَزَمُوا أَحْكَامَ الإِسْلَامِ فِي المُعَامَلَاتِ لَا سِيَّمَا فِي المَعَانِي العَاصِمَةِ عَنِ الأَضْرَارِ، وَمَعْنَى التَّنَاصُرِ مَوْجُودٌ فِي حَقِّهِمْ (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ عَاقِلَةٌ مَعْرُوفَةٌ: فَالدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِن يَوْمِ يُقْضَى بِهَا عَلَيْهِ) كَمَا فِي حَقِّ المُسْلِمِ، لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الوُجُوبَ عَلَى القَاتِلِ، وَإِنَّمَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُ إِلَى العَاقِلَةِ أَنْ لَوْ وُجِدَتْ، فَإِذَا لَمْ تُوجَدْ بَقِيَتْ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ تَاجِرَيْنِ مُسْلِمَيْنِ فِي دَارِ الحَرْبِ قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، لِأَنَّ أَهْلَ دَارِ الإِسْلَامِ لَا يَعْقِلُونَ عَنْهُ، وَتَمَكُّنُهُ مِن هَذَا القَتْلِ لَيْسَ بِنُصْرَتِهِمْ.

قوله: (وصار نظير المسألة الغيبة[1] المنقطعة) يعني أن للولي الأبعد أن يزوج إذا كان الولي الأقرب غائبًا غيبة منقطعة.

قوله: (في المعاني العاصمة) كحد، السرقة، والقذف، والقصاص، ووجوب الدية.

(**فإن لم يكن لهم**) أي: لأهل الذمة (**عاقلة فالدية في ماله**) أي: في مال الذمي لا في بيت المال، بخلاف المسلم إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال في ظاهر الرواية لا في مال الجاني؛ لأن جماعة المسلمين أهل نصرته، وليسوا بأهل نصرة الذمي، كذا في الذخيرة.

وأما دفع النبي ﷺ عن أهل خيبر من عنده بطريق الاستقراض أو العهد كما مر.

قوله: (وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أي: ليس بسبب نصرة أهل الإسلام إياه.

---

(١) في الأصل: (المعينة) والمثبت من الثانية الثانية.

(وَلَا يَعْقِلُ كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ، وَلَا مُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ) لِعَدَمِ التَّنَاصُرِ، وَالكُفَّارُ يَتَعَاقَلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَإِن اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ، لِأَنَّ الكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ. قَالُوا: هَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ المُعَادَاةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ ظَاهِرَةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً كَاليَهُودِ وَالنَّصَارَى، يَنْبَغِي أَنْ لَا يَتَعَاقَلُونَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِانْقِطَاعِ التَّنَاصُرِ.

وَلَوْ كَانَ القَاتِلُ مِن أَهْلِ الكُوفَةِ، وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ، فَحَوَّلَ دِيوَانَهُ إِلَى البَصْرَةِ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَى القَاضِي، فَإِنَّهُ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِن أَهْلِ البَصْرَةِ.

وَقَالَ زُفَرُ: يُقْضَى عَلَى عَاقِلَتِهِ مِن أَهْلِ الكُوفَةِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ المُوجِبَ هُوَ الجِنَايَةُ وَقَدْ تَحَقَّقَ، وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الكُوفَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا حُوِّلَ بَعْدَ القَضَاءِ.

وَلَنَا: أَنَّ المَالَ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ القَضَاءِ، لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ المِثْلُ، وَبِالقَضَاءِ يَنْتَقِلُ إِلَى المَالِ، وَكَذَا الوُجُوبُ عَلَى القَاتِلِ، وَتَتَحَمَّلُ عَنْهُ عَاقِلَتُهُ، وَإِذَا

قوله: (لأن الكفر كله ملة واحدة)، ولهذا يثبت التوارث فيما بينهم مع اختلاف مللهم، وهذا عندنا.

وعند الأئمة: لا توارث مع اختلاف الملة فلا يعقل، ولا توارث بينهم.

وقلنا: يكون بينهم التوارث بخلاف المسلم [مع][1] الكافر، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا﴾ [الأنفال: ٧٢]، فلما قطع الموالاة بين من هاجر وبين من لم يهاجر حين كانت الهجرة فريضة كان ذلك دليل انقطاع الموالاة بين المسلم والكافر، وحكم الميراث والنفقة يريد ما ذكرنا، كذا في المبسوط.

قوله: (إذا حوّل) وفي بعض النسخ: **(جعل ديوانه)** أي: بعد القتل، وعاقلته أهل الكوفة، فالواو للحال.

قوله: (وهو رواية) أي: قول زفر رواية عن أبي يوسف، وهو قياس قول

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

كَانَ كَذَلِكَ يَتَحَمَّلُ عَنْهُ مَنْ يَكُونُ عَاقِلَتَهُ عِنْدَ القَضَاءِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ القَضَاءِ، لِأَنَّ الوَاجِبَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالقَضَاءِ، فَلَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ ذَلِكَ، لَكِنَّ حِصَّةَ القَاتِلِ تُؤْخَذُ مِن عَطَائِهِ بِالبَصْرَةِ، لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ مِن العَطَاءِ، وَعَطَاؤُهُ بِالبَصْرَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَلَّتِ العَاقِلَةُ بَعْدَ القَضَاءِ عَلَيْهِمْ، حَيْثُ يُضَمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ القَبَائِلِ فِي النَّسَبِ، لِأَنَّ فِي النَّقْلِ إِبْطَالَ حُكْمِ الأَوَّلِ، فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ، وَفِي الضَّمِّ تَكْثِيرُ المُتَحَمِّلِينَ لِمَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ، فَكَانَ فِيهِ تَقْرِيرُ الحُكْمِ الأَوَّلِ لَا إِبْطَالُهُ، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ القَاتِلُ مَسْكَنُهُ بِالكُوفَةِ، وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ، فَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ حَتَّى اسْتَوْطَنَ البَصْرَةَ، قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ البَصْرَةِ، وَلَوْ كَانَ قَضَى بِهَا عَلَى أَهْلِ الكُوفَةِ، لَمْ يَنْتَقِلْ عَنْهُمْ، وَكَذَا البَدَوِيُّ إِذَا أُلْحِقَ بِالدِّيوَانِ بَعْدَ القَتْلِ قَبْلَ القَضَاءِ، يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الدِّيوَانِ، وَبَعْدَ القَضَاءِ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالبَادِيَةِ لَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُمْ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ قَوْمٌ مِن أَهْلِ البَادِيَةِ، قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، ثُمَّ جَعَلَهُمْ الإِمَامُ فِي العَطَاءِ، حَيْثُ تَصِيرُ الدِّيَةُ فِي أَعْطِيَاتِهِمْ، وَإِنْ كَانَ قَضَى بِهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ فِي أَمْوَالِهِمْ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَقْضُ القَضَاءِ الأَوَّلِ، لِأَنَّهُ قَضَى بِهَا فِي أَمْوَالِهِمْ، وَأُعْطِيَاتُهُمْ أَمْوَالُهُمْ، غَيْرَ أَنَّ الدِّيَةَ تُقْضَى مِن أَيْسَرِ الأَمْوَالِ أَدَاءً، وَالأَدَاءُ مِن العَطَاءِ أَيْسَرُ إِذَا صَارُوا مِن أَهْلِ العَطَاءِ، إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالُ العَطَاءِ مِن جِنْسِ مَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِ، بِأَنْ كَانَ القَضَاءُ بِالإِبِلِ، وَالعَطَاءُ دَرَاهِمَ، فَحِينَئِذٍ لَا تَتَحَوَّلُ إِلَى الدَّرَاهِمِ أَبَدًا، لِمَا فِيهِ مِن

الأئمة الثلاثة؛ لاعتبارهم وجوب الدية عند الجناية، وعدم اعتبارهم الديوان.

قوله: (يؤخذ من عطائه) أي: إعطاء القاتل بالبصرة وإن كان بعض القضاء بالكوفة.

وقوله: (بخلاف ما إذا قلّت العاقلة) متعلق بقوله: **(بخلاف ما بعد القضاء)** يعني لو قلّت العاقلة يضم أقرب القبائل إليهم، وإن كان بعد القضاء على أهل الكوفة، وفيه نقل الدية بعد القضاء، وفي تحول الديوان لا يضم [و]لا تنقل الدية؛ لأن في التحول بعد القضاء نقض الحكم الأول، وفي ضم أقرب القبائل تقرير حكم الأول لا إبطاله.

إِبْطَالِ القَضَاءِ الأَوَّلِ، لَكِنْ يُقْضَى ذَلِكَ مِن مَالِ العَطَاءِ، لِأَنَّهُ أَيْسَرُ.

قَالَ: (وَعَاقِلَةُ المُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ) لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِمْ، يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَوْلَى القَوْمِ مِنْهُمْ».

قَالَ: (وَمَوْلَى المُوَالَاةِ يَعْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ) لِأَنَّهُ وَلَاءٌ يُتَنَاصَرُ بِهِ، فَأَشْبَهَ وَلَاءَ العَتَاقَةِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الوَلَاءِ.

قَالَ: (وَلَا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ أَقَلَّ مِن نِصْفِ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَتَتَحَمَّلُ نِصْفَ العُشْرِ فَصَاعِدًا) وَالأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ، وَمَرْفُوعًا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَعْقِلُ العَوَاقِلُ عَمْدًا، وَلَا عَبْدًا، وَلَا صُلْحًا، وَلَا اعْتِرَافًا، وَلَا مَا دُونَ أَرْشِ المُوضِحَةِ» وَأَرْشُ المُوضِحَةِ نِصْفُ عُشْرِ بَدَلِ النَّفْسِ، وَلِأَنَّ التَّحَمُّلَ لِلتَّحَرُّزِ عَنِ الإِجْحَافِ، وَلَا إِجْحَافَ فِي القَلِيلِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي الكَثِيرِ، وَالتَّقْدِيرُ الفَاصِلُ عُرِفَ بِالسَّمْعِ.

قوله: (لكن يقضى ذلك) أي: الإبل من مال العطاء بأن يشتري الإبل من مال العطاء.

قوله: (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) إلى آخره، لا خلاف فيه، ولا يعقل مولى الأسفل من الأعلى، وبه قال أصحاب مالك، وأحمد، والشافعي في قول، وفي قول يعقل؛ لأنهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالأخوين.

وقلنا إنه ليس بعصبة ولا وارث، فلم يعقل عنه كالأجنبي وما ذكر يبطل بالذكر مع الأنثى، والصغير مع الكبير، والعاقل مع المجنون.

قوله: (وفيه خلاف الشافعي) وأحمد، وقد مر في الولاء.

وقال مالك: إذا كان الرجل في غير [٢/٥١٦/ب] عشيرته فعقله على القوم الذين هو معهم.

قوله: (أقل من نصف عشر الدية ويتحمل النصف وما فوقه)، وقال الشافعي، وعثمان البتي في الصحيح: أن العاقلة تحمل الكثير والقليل؛ لأن من حمل الكثير حمل القليل، كالجاني في العمد.

قَالَ: (وَمَا نَقَصَ مِن ذَلِكَ يَكُونُ فِي مَالِ الجَانِي) وَالقِيَاسُ فِيهِ: التَّسْوِيَةُ بَيْنَ القَلِيلِ وَالكَثِيرِ، فَيَجِبُ الكُلُّ عَلَى العَاقِلَةِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ، أَو التَّسْوِيَةُ فِي أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى العَاقِلَةِ شَيْءٌ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَا، وَبِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْجَبَ أَرْشَ الجَنِينِ عَلَى العَاقِلَةِ» وَهُوَ نِصْفُ عُشْرِ بَدَلِ الرَّجُلِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الدِّيَاتِ، فَمَا دُونَهُ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكُ الأَمْوَالِ، لِأَنَّهُ يَجِبُ بِالتَّحْكِيمِ كَمَا يَجِبُ

وقال مالك، وأحمد: لا يحمل ما دون الثلث، ويحمل الثلث وما فوقه؛ لما روي عن عمر أنه قضى في الدية ألا تحمل العاقلة منها شيئًا حتى يبلغ عقل المأمومة.

وروى يونس بن يزيد عن ربيعة «أنه ﷺ ألّف بين الناس في معاقلهم فجعل ﷺ إلى ثُلُثِ الدِّيةِ» فصار عداد ما دون ذلك على الجاني؛ ولأن الأصل وجوب الضمان على الجاني كسائر الجنايات، وإنما خولف في الثلث فصاعدًا تخفيفًا على الجاني؛ لكونه كثيرًا يجحف به.

وقد قال ﷺ: «**الثُّلُثُ كَثِيرٌ**» فبقي ما دونه على قضية الأصل، وبقولنا قال الثوري.

والتقدير الفاصل عرف بالسمع، يعني القياس أولًا يجب على العاقلة، لكنا تركنا القياس بالسنة، وإنما جاءت السنة في أرش الجنين بالإيجاب على العاقلة، وأرش الجنين نصف عشر دية الرجل، فيقضى بذلك على العاقلة، وفيما دونه نأخذ بالقياس.

وما روي من الحديث منكر، والراوي عن عمر بن سمعان وهو غير ثقة عند الثقات، وحديث الجنين متفق عليه، فيعمل به.

ولا تعقل العاقلة عمدًا ولا اعترافًا ولا صلحًا بلا خلاف بين أهل العلم بالحديث الذي روينا.

أما تجب الدية في الإقرار في ماله عند أهل العلم إلا عند أبي ثور، وعبد الحكم حيث قالا: لا يلزمه شيء؛ لأن موجب إقراره لا يثبت؛ لأنه إقرار على غيره، فكان باطلًا، كما لو أقر على غيره بالقتل.

ضَمَانُ المَالِ بِالتَّقْوِيمِ، فَلِهَذَا كَانَ فِي مَالِ الجَانِي أَخْذًا بِالقِيَاسِ.

قَالَ: (وَلَا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ جِنَايَةَ العَبْدِ، وَلَا مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ، أَوْ بِاعْتِرَافِ الجَانِي) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ لَا تَنَاصُرَ بِالعَبْدِ، وَالإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لَا يَلْزَمَانِ العَاقِلَةَ، لِقُصُورِ الوِلَايَةِ عَنْهُمْ. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِتَصَادُقِهِمْ، وَالِامْتِنَاعُ كَانَ لِحَقِّهِمْ، وَلَهُمْ وِلَايَةٌ عَلَى أَنْفُسِهِمْ.

(وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلٍ خَطَإٍ، وَلَمْ يَرْفَعُوا إِلَى القَاضِي إِلَّا بَعْدَ سِنِينَ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِن يَوْمِ يُقْضَى) لِأَنَّ التَّأْجِيلَ مِن وَقْتِ القَضَاءِ فِي الثَّابِتِ

لنا قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ [النساء:٩٢] الآية، وهو قاتل بإقراره، ولأنه مقر بالجناية الموجبة للمال على نفسه فيصح إقراره، كما لو أقر بإتلاف مال الغير، وبما لا تحمله العاقلة.

وفي فتاوى قاضي خان تجب الدية بإقراره في ثلاث سنين، وفي الصلح عن العمد يجب المال حالًا إلا إذا شرط الأجل[1] في الصلح فيكون مؤجلًا، ولو أقام ولي القتيل بينة بعد إقراره تقبل هذه البينة؛ لأنها ثبتت ما ليس بثابت بإقراره.

وذكر شيخ الإسلام: أن البينة على القتل تقبل عند حضرة الجاني؛ لأنه هو القاتل، والعاقلة يتحملون عنه، وحضرة الكفيل لا تشترط لوجوب المال، فدلت المسألة على أن الدية تجب أولًا على القاتل ثم تقضى على العاقلة بطريق التحمل؛ لأن الدية لو وجبت ابتداء على العاقلة كان إقرار القاتل إقرارًا على العاقلة.

قوله: (قضي عليه بالدية في ماله) أي: في مال المقر في ثلاث سنين.

وعند الأئمة الثلاثة: وأكثر أهل العلم تجب في ماله حالّة؛ لأنه بدل متلف فتجب على التالف حالًا كقيم المتلفات وهو الأصل، وإنما عدل عنه إلى التأجيل في حق العاقلة تخفيفًا عليهم؛ لأنه يجب مواساتهم.

---

(١) في الأصل: (الأصل)، والمثبت من النسخة الثانية.

بِالبَيِّنَةِ، فَفِي الثَّابِتِ بِالإِقْرَارِ أَوْلَى (وَلَوْ تَصَادَقَ القَاتِلُ وَوَلِيُّ الجِنَايَةِ عَلَى أَنَّ قَاضِيَ بَلَدِ كَذَا قَضَى بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالكُوفَةِ بِالبَيِّنَةِ، وَكَذَّبَهُمَا العَاقِلَةُ، فَلَا شَيْءَ عَلَى العَاقِلَةِ) لِأَنَّ تَصَادُقَهُمَا لَيْسَ بِحَجَّةٍ عَلَيْهِمْ (وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي مَالِهِ) لِأَنَّ الدِّيَةَ بِتَصَادُقِهِمَا تَقَرَّرَتْ عَلَى العَاقِلَةِ بِالقَضَاءِ، وَتَصَادُقُهُمَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهِمَا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ مَعَهُمْ، فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ) لِأَنَّهُ فِي حَقِّ حِصَّتِهِ مُقِرٌّ عَلَى نَفْسِهِ، وَفِي حَقِّ العَاقِلَةِ مُقِرٌّ عَلَيْهِم.

قَالَ: (وَإِذَا جَنَى الحُرُّ عَلَى العَبْدِ، فَقَتَلَهُ خَطأً، كَانَ عَلَى عَاقِلَتِهِ قِيمَتُهُ) لِأَنَّهُ بَدَلُ النَّفْسِ عَلَى مَا عُرِفَ مِن أَصْلِنَا. وَفِي أَحَدِ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ: تَجِبُ فِي مَالِهِ، لِأَنَّهُ بَدَلُ المَالِ عِنْدَهُ، وَلِهَذَا يُوجِبُ قِيمَتَهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَمَا دُونَ النَّفْسِ مِن العَبْدِ لَا تَتَحَمَّلُهُ العَاقِلَةُ، لِأَنَّهُ يُسْلَكُ بِهِ مَسْلَكَ الأَمْوَالِ عِنْدَنَا عَلَى مَا عُرِفَ، وَفِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: العَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُهُ كَمَا فِي الحُرِّ، وَقَدْ مَرَّ مِن قَبْلُ.

قلنا: إنه مال وجب بسبب القتل، فيكون مؤجلًا كما في الخطأ، وقد مر.

قوله: (**وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله**)، وبه قال مالك، والثاني تجب على عاقلته كقولنا، وهو اختيار المزني، وقول أحمد، ولا خلاف في أطراف العبد أن ضمانها لا يجب على العاقلة.

قوله: (**ولم يكن عليه شيء في ماله**) أي: لم يكن على المقر شيء في ماله أيضا من الدية، لأنهما لما تصادقا زعم ولي الجناية أن الدية إنما تجب على العاقلة لا على المقر، فإقراره حجة على نفسه.

(**بخلاف الأول**) أي: قوله: (والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة) فإن الدية وجبت على المقر بإقراره، ولم يوجد التصادق من ولي الجناية بالقضاء على العاقلة.

وفي المبسوط: أن الواجب بقضاء القاضي تقرر[1] على العاقلة بتصادقهما، وبعدما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه بخلاف الأول لأن السبب الموجب للدية

---

(١) في الأصل: (عمد) والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ القَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ، فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ، لِأَنَّ جَمَاعَةَ المُسْلِمِينَ هُمْ أَهْلُ نُصْرَتِهِ، وَلَيْسَ بَعْضُهُمْ أَخَصُّ مِن بَعْضٍ بِذَلِكَ، وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ لِبَيْتِ المَالِ، فَكَذَا مَا يَلْزَمُهُ مِن الغَرَامَةِ يَلْزَمُ بَيْتَ المَالِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رِوَايَةٌ شَاذَّةٌ، أَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ، وَوَجْهُهُ: أَنَّ الأَصْلَ أَنْ تَجِبَ الدِّيَةُ عَلَى القَاتِلِ، لِأَنَّهُ بَدَلٌ مُتْلِفٌ وَالإِتْلَافُ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّ العَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُهَا تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ عَلَى مَا مَرَّ. وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ: عَادَ الحُكْمُ إِلَى الأَصْلِ.

على العاقلة وهو القضاء لم يوجد أصلا فيقضى بها في مال المقر إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته من ذلك لأنه في مقدار حصته مقر على نفسه وعلم بذلك[1] أن القاتل أحد العواقل إذا كان له عطاء عندنا فإذا لم يكن من أهل الديوان لا يؤخذ عنه شيء من الدية.

فإن قيل: لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه إلى العاقلة بالقضاء، فإذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدية إلى ذمة المحيل.

قلنا: هذا تقسيم فيما يكون أصله دينًا لدفع التوى عن مال المسلم، وهذا أصله لم يكن دينًا، وإنما كان بطريق الصلة صيانة لدم المقتول عن الهدر، فبعدما تقرر بالقضاء على العاقلة لا يتحول إليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لا، كذا في المبسوط.

قوله: [٢/ ٥١٧/أ] **(قال أصحابنا إنّ القاتل إذا لم يكن له عاقلة)** بأن كان لقيطًا، أو نحوه **(فالدية في بيت المال)** يعني إذا كان القاتل مسلمًا، أما إذا كان ذميًّا فالدية في ماله إذا لم يكن له عاقلة، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وعن أبي حنيفة رواية شاذة، روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله أنه في مال الجاني، وهو رواية عن أحمد؛ لما أن الأصل [أن وجوب الدية على القاتل كما في سائر المتلفات، ونقلها الشرع إلى العاقلة تحقيقًا للتخفيف، فإذا لم يكن له عاقلة عاد إلى الأصل][2]؛ ولأن في مال بيت المال

---

(١) كتب في هامش الأصل: (بهذا) إشارة إلى أنها نسخة.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَابْنُ الْمُلَاعَنَةِ تَعْقِلُهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ) لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ مِنْهَا دُونَ الأَبِ (فَإِنْ عَقَلُوا عَنْهُ، ثُمَّ ادَّعَاهُ الأَبُ، رَجَعَتْ عَاقِلَةُ الأُمِّ بِمَا أَدَّتْ عَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، مِن يَوْمِ يَقْضِي القَاضِي لِعَاقِلَةِ الأُمِّ عَلَى عَاقِلَةِ الأَبِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الدِّيَةَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّ عِنْدَ الإِكْذَابِ ظَهَرَ أَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَزَلْ ثَابِتًا مِن الأَبِ، حَيْثُ بَطَلَ اللِّعَانُ بِالإِكْذَابِ، وَمَتَى ظَهَرَ مِن الأَصْلِ: فَقَوْمُ الأُمِّ تَحَمَّلُوا مَا كَانَ وَاجِبًا عَلَى قَوْمِ الأَبِ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّهُمْ مُضْطَرُّونَ فِي ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ عَنْ وَفَاءٍ، وَلَهُ وَلَدٌ حُرٌّ، فَلَمْ يُؤَدِّ كِتَابَتَهُ حَتَّى جَنَى ابْنُهُ، وَعَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ أُمِّهِ، ثُمَّ أُدِّيَت الكِتَابَةُ، لِأَنَّهُ عِنْدَ الأَدَاءِ يَتَحَوَّلُ وَلَاؤُهُ إِلَى قَوْمِ أَبِيهِ مِن وَقْتِ حُرِّيَّةِ الأَبِ، وَهُوَ آخِرُ

حق الصبيان والمجانين والنساء والفقراء، فلا يجوز صرف حقهم فيما لم يجب عليهم.

وجه الظاهر: ما روي أنه عليه الصلاة السلام ودى الأنصاري من مال بيت المال، وعمر أدّى دية من قتل في زحام ولم يعرف قاتله من بيت المال حين قال له عليّ: يا أمير المؤمنين أدِّ ديته من بيت مال المسلمين، ولأن جماعة المسلمين أهل نصرته وهم بمنزلة عصبته، ولهذا يأخذون ميراثهم فيكون الغرم بإزاء الغنم.

قوله: **(تعقله عاقلة أمه)** أي: أم ولد الملاعنة، ولا يعلم فيه خلاف؛ لأن مولى أمه عصبته.

قوله: **(فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون)** أي: في ثلاث سنين؛ لأنهم أدوا هكذا.

وفي المحيط: وهذا عندهما؛ لأنه يجب على عاقلة الأب بدل الدم لا ضمان مال عاقلة الأم.

وعند أبي حنيفة: يرجعون حالًا بما أدوا؛ لأن هذا ضمان مالهم لا بدل الدم، وهكذا سمعته عن شيخي العلامة حتى وجدته في المحيط.

قوله: **(عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه)** وهذا عندنا، ومالك؛ لأن بموت المكاتب عن وفاء لم يبطل العقد، وعند الشافعي، وأحمد: يبطل، فلا يحول عندهما.

جُزْءٍ مِن أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ، فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ قَوْمَ الأُمِّ عَقَلُوا عَنْهُمْ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ، وَكَذَلِكَ رَجُلٌ أَمَرَ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ، فَضَمِنَتْ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ الدِّيَةَ، رَجَعَتْ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الآمِرِ إنْ كَانَ الأَمْرُ ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ، وَفِي مَالِ الآمِرِ إنْ كَانَ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِن يَوْمِ يَقْضِي بِهَا القَاضِي عَلَى الآمِرِ، أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ، لِأَنَّ الدِّيَاتِ تَجِبُ مُؤَجَّلَةً بِطَرِيقِ التَّيْسِيرِ.

قَالَ ﷺ: هَاهُنَا عِدَّةُ مَسَائِلَ ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ مُتَفَرِّقَةً، وَالأَصْلُ الَّذِي يُخَرَّجُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ: حَالُ القَاتِلِ إذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا، فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إلَى وَلَاءٍ بِسَبَبِ أَمْرٍ حَادِثٍ،

قوله: (على عاقلة الآمر) إلى آخره، في المبسوط: أن الآمر مسبب متعد، فإنه استعمل الصبي في أمر لحقه فيه تبعة فثبت لعاقلة الصبي حق الرجوع بما أدَّوا على الآمر، غير أنه إن كان الأمر يثبت بالبينة يثبت الرجوع على عاقلة الآمر وإلّا لا؛ لأن التسبيب لا يكون فوق المباشرة، وفي المباشرة الحكم هكذا.

قوله: (والأصل الذي يخرج عليه) إلى آخره.

وقوله: (فانتقل ولاؤه إلى ولاء حادث) بغير التبدل، في المبسوطين: الأصل أن حال الجاني إذا تبدل حكمًا وانتقل من ولاء إلى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته على الأولى، كالمولود بين حر وعبد إذا جنى ثم أعتق الأب لا تتحول جنايته عن عاقلة الأم؛ لأن انتقال ولائه بسبب حادث وهو العتق.

وكذا لو أسلم حربي ووالى مسلمًا، ثم جنى وعقلت عاقلته الذي والاه، فإن ولاء الموالاة عندنا بمنزلة ولاء العتق، ولا يجوز التحول عنه بعد تحمل الدية، فإن عقل عنه ولم يقض بها حتى أسر أبوه من دار الحرب فاشتراه أحد وأعتقه جَرَّ ولاء ابنه؛ لأن ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة، فبعدما ظهر لابنه ولاء العتاقة لا يبقى ولاء الموالاة في حقه، وينتفي حكمًا، وتأكده لا يمنع ذلك بمنزلة الولاء الثابت لمولى أمه عليه، ثم لا ترجع عاقلته ولا الموالاة على عاقلة مولى الأب[1] بشيء؛ لأن هذا حادث بسبب جديد وهو إعتاق.

---

(١) في الأصل: (الأرض) والمثبت من الثانية.

لَمْ تَنْتَقِلْ جِنَايَتُهُ عَنِ الأَوَّلِ، قَضَى بِهَا أَوْ لَمْ يَقْضِ، وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ، مِثْلُ دَعْوَةِ وَلَدِ المُلَاعَنَةِ حُوِّلَتِ الجِنَايَةُ إِلَى الأُخْرَى وَقَعَ القَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ، وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفْ حَالُ الجَانِي، وَلَكِنَّ العَاقِلَةَ تَبَدَّلَتْ، كَانَ الِاعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ لِوَقْتِ القَضَاءِ، فَإِنْ كَانَ قَضَى بِهَا عَلَى الأُولَى، لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى الثَّانِيَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَضَى بِهَا عَلَى الأُولَى، فَإِنَّهُ يَقْضِي بِهَا عَلَى الثَّانِيَةِ، وَإِنْ كَانَتِ العَاقِلَةُ وَاحِدَةً فَلَحِقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ، اشْتَرَكُوا ....

وكذا لو حفر الغلام بئرًا قبل أن يعتق، ثم سقط فيها رجل بعدما أعتق أبوه يقضى بالدية على عاقلة الأم[1]، ولا يجب على عاقلة الأب شيء؛ لأن الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة، فيعتبر بالملك والحفر، ولو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر قبل الوقوع بأن باعه مولاه ثم وقع في ملك المشتري إنسان فيها فالضمان على البائع لا على المشتري؛ لأن ملك المشتري بعد الحفر.

وكذا الولاء الحادث يعتبر فيه ولا يتحول، وإن ظهرت [حالة][2] خفية مثل دعوة ولد تحولت؛ لأن النسب كان ثابتًا منه بالفراش، وقد انقطع عنه بالقضاء بعد اللعان، لكن بقي أصل النسب موقوفًا على حقه حتى لو ادعاه غيره لم يثبت منه، وإذا ادعاه هو يثبت مع كونه مناقضًا وإن كذبته الأم في ذلك؛ لأن النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة، فتبين أنه عقل جنايته على عاقلة أبيه، وعاقلة الأم ما كانوا متبرعين بالأداء بل أجبروا عليه بالقضاء، فثبت لهم حق الرجوع، ومن نظيره مات المكاتب عن وفاء كما ذكر، وكذا لو أمر صبيًّا بقتل رجل كما مر.

قوله: (**ولكن العاقلة تبدلت**) إلى عاقلة أخرى، فكان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء، كما لا يتحول ديوانه إلى البصرة قبل القضاء، فالدية على عاقلته من أهل البصرة، وبعد القضاء [٢/ ٥١٧/ ب] على عاقلته من أهل الكوفة، خلافا لزفر، وأبي يوسف، وقد مر، وكذا لو استوطن البصرة قبل القضاء فعلى هذا.

قوله: (**فلحقها زيادة أو نقصان**) بأن زادت العاقلة أو مات بعضهم (**اشتركوا**

---

(١) في الأصل: (الإمام) والمثبت من الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فِي حُكْمِ الجِنَايَةِ قَبْلَ القَضَاءِ وَبَعْدَهُ إِلَّا فِيمَا سَبَقَ أَدَاؤُهُ، فَمَنْ أَحْكَمَ هَذَا الأَصْلَ مُتَأَمِّلًا، يُمْكِنُهُ التَّخْرِيجُ فِيمَا وَرَدَ عَلَيْهِ مِن النَّظَائِرِ وَالأَضْدَادِ.

في الجناية قبل القضاء وبعده)؛ لأنه بمنزلة الاتباع للأولين، ولا تتبدل العاقلة باعتبارهم، بخلاف ما لو تحولوا من ديوان إلى ديوان؛ لأن العاقلة الأخرى غير الأولى، فلا يشتركون بعد القضاء.

قوله: (**إلا فيما سبق أداؤه**) أي: لا اشتراك فيه، وعلى هذا الأصل تخرج مسائل كثيرة ذكرت في المبسوط. والله أعلم.

كِتَابُ الْوَصَايَا

إيراده في آخر الكتاب ظاهر المناسبة؛ لما أنه يتحقق في آخر الحياة عادة، وبعض محاسنه مذكور في المتن؛ لأن فيها نفع الناس، وخير الناس من ينفع الناس

ثم الوصايا جمع وصية، والوصية والوصاة بالقصر لغة اسمان في معنى المصدر، ومنه قوله تعالى: ﴿حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ﴾ [المائدة:١٠٦]، وسمي الموصى به وصية، ومنه قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ﴾ [النساء:١١].

والوِصاية بالكسر مصدر الوصي، وقيل: الإيصاء طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته(١).

وشرعا: عبارة عن تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان في الأعيان أو في المنافع.

وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: قوله تعالى: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة:١٨٠]، وقوله عز وجل: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ﴾ إلى آخر ما ذكر في المتن.

وسببها: إرادة ما ذكر من محاسنه، والتزين في الدنيا والآخرة من إرادة وصول الخير في الدنيا وحصول الدرجات في الآخرة كما في سائر التبرعات.

وشرطها: كون الموصي أهلًا للتمليك، والموصى له [أهلًا للتملك، والموصى به بعد](٢) موت الموصي مالًا قابلًا للتمليك. وشرائطها كثيرة تأتي في أثناء المسائل.

وركنها: قوله أوصيت بكذا لفلان، وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها.

وحكمها: أن يملك الموصى له الموصى به ملكًا جديدًا كما يملك بالهبة.

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٤٨٧).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة من الثالثة.

بَابٌ فِي صِفَةِ الوَصِيَّةِ

قَالَ: (الوَصِيَّةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ، وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ) وَالقِيَاسُ يَأْبَى جَوَازَهَا، لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ

بَابُ صِفَةِ الْوَصِيَّةِ

وهذا الباب لبيان صفتها، ثم نبين الألفاظ المستعملة فيها.

عن محمد رحمه الله: اشهدوا أني قد أوصيت لفلان بكذا، أو أوصيت لفلان في مالي ألف درهم، فالأول وصية، والثاني إقرار.

وفي الأصل: لو قال: سدس داري لفلان، وإني أخبر بذلك فإنه وصية، ولو قال: لفلان سدس في داري يكون إقرارًا.

والفرق أن في الأول جعل له سدس داره جميعًا مضافًا إلى نفسه، وإنما يكون كذلك إذا [كان][1] قصده إنشاء التمليك، وفي الفصل الثاني جعل دار نفسه ظرفًا للسدس، فالسدس الذي سماه لفلان إنما يكون داره ظرفًا له إذا كان السدس مملوكًا لفلان قبل ذلك فيكون إقرارًا، وعلى هذا لو قال: لفلان ألف من مالي تكون وصية استحسانًا إذا كان في ذكر وصية، ولو قال: ألف في مالي كان إقرارًا.

قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا كتب الرجل وصيته بيده ثم قال: اشهدوا على ما في هذا الكتاب فهو جائز استحسانًا، وإن كتبها غيره وقال اشهدوا بما في هذا الكتاب لم يجز، ولو قال مريض بالفارسية: (صد درم ازمن نخش كنيت).

قال الفضلي: هي باطلة؛ لأن هذا يكون للأغنياء والفقراء، ولو قال: (صد درم ارمن روان كنت) كانت الوصية جائزة؛ لأن هذا اللفظ يراد به القربة، الكل من التحفة، والذخيرة.

قوله: (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) وإنما ذكر قوله: **(وهي مستحبة)** بعد قوله: **(غير واجبة)**؛ لأن الاستحباب لا يستفاد من عدم الوجوب كالمباحات.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

مُضَافٌ إِلَى حَالِ زَوَالِ مَالِكِيَّتِهِ، وَلَوْ أُضِيفَ إِلَى حَالِ قِيَامِهَا بِأَنْ قِيلَ: مَلَّكْتُكَ غَدًا، كَانَ بَاطِلًا، فَهَذَا أَوْلَى، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا، فَإِنَّ الإِنْسَانَ مَغْرُورٌ بِأَمَلِهِ، مُقَصِّرٌ فِي عَمَلِهِ، فَإِذَا عَرَضَ لَهُ المَرَضُ، وَخَافَ البَيَاتَ يَحْتَاجُ إِلَى تَلَافِي بَعْضِ مَا فَرَّطَ مِنْهُ مِن التَّفْرِيطِ بِمَالِهِ، عَلَى وَجْهٍ لَوْ مَضَى فِيهِ يَتَحَقَّقُ مَقْصِدُهُ المَآلِيُّ، وَلَوْ أَنْهَضَهُ البُرْءُ يَصْرِفُهُ إِلَى مَطْلَبِهِ الحَالِيِّ، وَفِي شَرْعِ الوَصِيَّةِ ذَلِكَ، فَشَرَعْنَاهُ، وَمِثْلُهُ فِي الإِجَارَةِ بَيَّنَّاهُ، وَقَدْ تَبْقَى المَالِكِيَّةُ بَعْدَ المَوْتِ بِاعْتِبَارِ الحَاجَةِ كَمَا فِي قَدْرِ التَّجْهِيزِ وَالدَّيْنِ، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ الكِتَابُ وَهُوَ قَوْله تَعَالَى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ

قال ابن عبد البر: أجمع أهل العلم على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حقوق بغير بينة، وأمانة بغير بينة، وأمانة بغير إشهاد، إلا طائفة شاذة فأوجبتها. روي عن الزهري أنه قال: جعل الله الوصية حقًّا مما قلَّ أو كَثُر.

وقيل لأبي مجلز[(١)]: على كل ميت وصية؟ قال: نعم، إن ترك خيرًا.

وقال أبو بكر عبد العزيز: هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون، وهو قول أصحاب الظاهر، وحكي عن مسروق، وإياس، وقتادة، وابن جرير، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ﴾ [البقرة:١٨٠] الآية.

وفي الكشاف: وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ﴾ [المائدة:١٠٦] و﴿إِذَا حَضَرَ﴾: ظرف للشهادة، و﴿حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ﴾: بدل منه، وفي كونه بدلًا دليل وجوب الوصية.

وبما روى نافع عن ابن عمر أنه عليه الصلاة السلام أنه قال: «**ما حقُّ امرئٍ مُسلمٍ لهُ شيء يوصِي فيهِ يَبيتُ لَيلَتينِ إلّا وَصِيَّتُهُ عندَهُ مكتوبةٌ**» متفق عليه.

وقالوا: تستحب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين، وبقيت فيمن لا يرث [من][(٢)] الأقربين.

ولنا أن أكثر أصحاب النبي ﷺ لم ينقل عنهم، ولم ينقل لذلك نكير، ولو

---

(١) في الأصل: (محك)، وفي النسخة الثالثة: (محارب)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) مثبتة من النسخة الثانية.

دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١٢] وَالسُّنَّةُ وَهُوَ قَوْلُ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ تَضَعُونَهَا حَيْثُ شِئْتُمْ» أَوْ قَالَ: «حَيْثُ أَحْبَبْتُمْ» ....

كانت واجبة لم[١] يُخِلُّوا بذلك ونقل عنهم نقلًا ظاهرًا، ولأنها عطية لا تجب في الحياة فلم تجب عند الموت، ولأنها شرعت لنا لا علينا.

وقال ﷺ: «**إنّ اللهَ تَعالَى تَصدّقَ عَليكُم بِثُلُثِ أموالِكُم في آخِرِ أعمارِكُم زيادةً في أعمالِكُم فضَعوهُ حيثُ شِئتُمْ**».

فالمشروع لنا لا يكون واجبًا علينا، بل يكون مندوبا إليه بمنزلة النوافل، وأما الآية فقال ابن عباس: نسختها قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلۡوَٰلِدَانِ وَٱلۡأَقۡرَبُونَ﴾ [النساء: ٧].

وقال ابن عمر: نسختها آية المواريث، وبه قال عكرمة، ومجاهد، ومالك، والشافعي، وأكثر أئمة التفسير.

وقال أبو بكر الرازي من أصحابنا: نسختها قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، فإنه نص على المواريث بعد وصية منكرة، فلو كانت الوصية للوالدين والأقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية لذكر الإرث بعد الوصية المعروفة؛ لأن تلك وصية معهودة.

فقال أكثر أصحابنا: نسخت بقوله ﷺ: «**إِنَّ اللهَ تعالى أَعطَى كلَّ ذي حقٍّ حقَّهُ، ألَا لَا وصيةَ لوارثٍ**».

وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول، فصار كالمسموع من رسول الله ﷺ، وأما الحديث فهو شاذ فيما يعم به البلوى، والوجوب لا يتم بمثله، أو هو محمول على ما كان في الابتداء.

قيل: نزول آية المواريث أو المراد أن ذلك لا يليق بطريق الاحتياط والأخذ بمكارم الأخلاق، كقوله ﷺ: «**لا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤمِنُ باللهِ واليومِ الآخِرِ**

---

(١) في الأصل: (لا) والمثبت من النسختين الثانية والثالثة.

وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الأُمَّةِ. ثُمَّ تَصِحُّ لِلأَجْنَبِيِّ فِي الثُّلُثِ مِن غَيْرِ إِجَازَةِ الوَرَثَةِ لِمَا رَوَيْنَا، وَسَنُبَيِّنُ مَا هُوَ الأَفْضَلُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ) لِقَوْلِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي

أنْ يَبِيتَ شَبعانًا وجارُهُ طَاوٍ إلى جَنْبِه»، والمراد ما بينا، كذا في المبسوط.

وذكر ابن قدامة في المغني: والحديث محمول على من عليه حق واجب، ولا بينة عليه أو وديعة بغير إشهاد.

وقيل: روى سعيد بن القطان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال: «ما حَقُّ امرئٍ مسلم له شيءٌ يُرِيدُ أنْ يُوصِيَ فيهِ» فَرَدَّ الأمرَ إلى إرادته، فلا يكون واجبًا، ولهذا لم يرو أنه ﷺ أوصى، وابن عمر راوي الحديث لم يوص، والزيادة عن العدل مقبولة.

قوله: (ومثله في الإجارة)[١] يعني القياس يأبى جواز عقد الإجارة؛ لأنه مضاف إلى زمان في المستقبل، وثبتت شرعيتها للحاجة فكذا الوصية.

قوله: (وعليه إجماع الأمة) أي: حكم كونها مشروعًا أجمعت الأمة.

قوله: (ولا تجوز) أي: الوصية (بما زاد على الثلث) وهذا عند وجود الورثة بإجماع أهل العلم عند عدم إجازة الورثة، ويجوز عند إجازتهم لحديث سعد بن أبي وقاص، وفي المبسوط سعد بن مالك مكان سعد بن أبي وقاص، ولكن الأول موافق لكتب الحديث كالمصابيح وغيره.

وعن مالك: إن زاده في وصيته تيسيرًا[٢] كالدرهمين ونحو ذلك يجوز، وهذا خلاف الخبر، أما إذا لم يكن له وارث تجوز له الوصية بكل ماله عندنا، وبه قال حسن البصري، وشريك القاضي، وإسحاق بن راهويه.

وقال الشافعي، ومالك، وأحمد، وابن شبرمة، والأوزاعي، والحسن بن حي، وأبو سليمان، وأصحاب الظاهر: ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث؛ لأن سعدًا لما قال: أوصي بمالي كله، قال ﷺ: «لا»، وقال: فبالثلثين: قال عليه

---

(١) انظر المتن ص ٧٣٧.
(٢) في الأصول: (تيسير) والصواب المثبت.

حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ ﷺ: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» بَعْدَ مَا نَفَى وَصِيَّتَهُ بِالكُلِّ وَالنِّصْفِ، وَلِأَنَّهُ حَقُّ الوَرَثَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ انْعَقَدَ سَبَبُ الزَّوَالِ إِلَيْهِمْ، وَهُوَ اسْتِغْنَاؤُهُ

الصلاة والسلام: «**لا**»، وقال: فبالنصف، قال عليه الصلاة والسلام: «**لا**»، وقال: فبالثلث، قال عليه الصلاة والسلام: «**والثُّلثُ كَثيرٌ**».

وقال ﷺ: «**إنّ الله تَعالَى تصدَّقَ عليكُم بثُلُثِ أموالِكُم**» الحديث، دل أنه لا شيء له في الزيادة، ولأنه مال تعلق به حق جميع المسلمين فلا يجوز تخصيصه بواحد.

ولنا ما روي عن ابن مسعود أنه أجاز أن يوصي بما شاء عند عدم الورثة، ولم يعرف له من الصحابة مخالف، فحل محل الإجماع.

وتعليل النبي ﷺ بقوله: «**أنْ تَذرَ وَرثتَكَ أغنياءَ خيرٌ مِن أَنْ تَدَعَهُم عالةً يَتكَفَّفونَ الناسَ**» دليل على أن العلة في أن لا يتجاوز عن الثلث في الوصية أن يغني الورثة، فإذا لم يكن له ورثة فقد [٢/٥١٨/ب] ارتفعت العلة، فله أن يوصي بما شاء.

ولا يقال: لو كانت العلة إغناء الورثة ينبغي أن يجوز التجاوز عن الثلث إذا كانت الورثة غنية، وليس له ذلك بالإجماع؛ لأنا نقول: وجود العلة لا يراعى في جميع الصور كما في الرَّمَلِ والحج.

وقوله: فلا يجوز تخصيصه غير مسلم، فإن له أن يضعه حيث شاء لولايته، كما للإمام أن يضعه بعد موته حيث شاء.

وفي رواية في حديث سعد «**يَتَكَفَّفونَ الناسَ**»، قيل في الحديث دليل على أن الغنى أفضل من الفقر، والغني الشاكر أفضل من الفقير الصابر، فإنه عليه الصلاة والسلام قال: «**خيرٌ مِنْ أنْ تَدَعَهُم عالَةً يتكفَّفونَ الناسَ**».

أجيب عنه: إنما قدم الغني على الفقير الذي يسأل، حيث قال: «**يَتَكفَّفونَ الناسَ**» أي: يلحفون في السؤال، ونحن نقدم الفقير الصابر، ولأنه[١] عليه الصلاة والسلام اختار الفقر لنفسه، والأفضل ما اختاره.

---

(١) في الأصل والنسخة الثانية: (وإلا أنه) وفي النسخة الثالثة: (لا أنه) وما اخترناه هو الأليق بالسياق.

عَنِ المَالِ، فَأَوْجَبَ تَعَلُّقَ حَقِّهِمْ بِهِ، إِلَّا أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يُظْهِرْهُ فِي حَقِّ الأَجَانِبِ بِقَدْرِ الثُّلُثِ، لِيَتَدَارَكَ مَصِيرَهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَظْهَرَهُ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَيْهِمْ تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّفِقُ مِنَ الإِيثَارِ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ، وَقَدْ جَاءَ فِي الحَدِيثِ: «الحَيْفُ فِي الوَصِيَّةِ مِنْ أَكْبَرِ الكَبَائِرِ» وَفَسَّرُوهُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ، وَبِالوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الوَرَثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَهُمْ كِبَارٌ) لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ، وَهُمْ أَسْقَطُوهُ (وَلَا مُعْتَبَرَ بِإِجَازَتِهِمْ فِي حَالِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّهَا قَبْلَ ثُبُوتِ الحَقِّ، إِذ الحَقُّ يَثْبُتُ

وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**الفَقرُ معَ الصَّبرِ أزينُ لِلمُؤمِنِ من العِذارِ الجَيِّدِ علَى خَدِّ الفَرَسِ**»، وقد قال تعالى: ﴿يَحْسَبُهُمُ ٱلْجَاهِلُ أَغْنِيَآءَ مِنَ ٱلتَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُم بِسِيمَٰهُمْ لَا يَسْـَٔلُونَ ٱلنَّاسَ إِلْحَافًا﴾ [البقرة:٢٧٣]، وأما الغنى سبب للطغيان والفتنة، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْإِنسَٰنَ لَيَطْغَىٰٓ ۝٦ أَن رَّءَاهُ ٱسْتَغْنَىٰٓ ۝٧﴾ [العلق:٦-٧]، كذا في المبسوط.

قوله: (إلا أن الشرع لم يظهره) أي: استغناءه.

(وأظهره) أي استغناءه في حق القليل والكثير تحرزًا عما ينفق، يعني **(أظهره في حق الورثة)** تحرزًا عما يوجد من إيثار البعض على البعض، وفيه تأذِّي البعض، وقطع الرحم، وقد جاء في الحديث: «**الحَيفُ في الوَصيَّةِ من أكْبرِ الكَبائِرِ**»، والحيف بالحاء المهملة وسكون الياء: الظلم، وروي «**الجَنَف**» بالجيم والنون المفتوحتين، وهو الميل، ومنه قوله تعالى: ﴿مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا﴾ [البقرة:١٨٢].

قوله: (وهم كبار) لا يجوز من الصبي والمجنون باتفاق الأئمة الأربعة.

(ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته) إلى آخره، وبه قال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، والثوري، وحسن بن صالح، وشريح، وطاوس، والحكم، وأصحاب الظاهر، وروي ذلك عن ابن مسعود.

وقال ابن أبي ليلى، والزهري، والأوزاعي، وعطاء، وحماد بن أبي سليمان، وعبد الملك بن يعلي، وربيعة: ليس لهم أن يرجعوا عن الإجازة،

عِنْدَ المَوْتِ، فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ المَوْتِ، لِأَنَّهُ بَعْدَ ثُبُوتِ الحَقِّ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا عَنْهُ، لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ.

غَايَةُ الأَمْرِ، أَنَّهُ يُسْتَنَد عِنْدَ الإِجَازَةِ، لَكِنَّ الِاسْتِنَادَ يَظْهَرُ فِي حَقِّ القَائِمِ، وَهَذَا قَدْ مَضَى وَتَلَاشَى، وَلِأَنَّ الحَقِيقَةَ تَثْبُتُ عِنْدَ المَوْتِ، وَقَبْلَهُ يَثْبُتُ مُجَرَّدُ الحَقِّ، فَلَوْ

سواء كان قبل الموت أو بعده؛ لأن حقهم ثبت في مرض الموت، فإذا مات ظهر أنهم أسقطوا حقهم بعد ثبوته فصح.

وقال مالك: إن أذنوا له في صحته فلهم أن يرجعوا وإن كان ذلك في مرضه، وحين يحجب عن ماله فلا رجوع لهم، إلا أن يكونوا في عياله ونفقته فلهم الرجوع.

قال ابن حزم: قول مالك لا يعلم له حجة.

وقلنا: أسقطوا حقهم فيما لم يملكوه كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح، أو الشفيع قبل البيع؛ لأن حقهم ثبت عند الموت، ويستند إلى أول المرض، إلا أن الاستناد يظهر في القائم، وتصرفهم حين وقع إجازة وقع لغوًا؛ لأنه لا حق لهم حقيقة حينئذ، فلا يثبت له حكم الإجازة، وهو مقتضى، كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

وقوله: (لأن الساقط متلاشٍ) تعليل قوله: **(لهم أن يردوه)** أي: يردوا ما أجازوه، يعني إجازتهم في حياته ساقطة؛ لعدم مصادفتها محلها، وكل ساقط متلاشٍ، فلو كان لهم أن يردوا ما أجازوه.

وقوله: (غاية الأمر) إلى آخره جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير بأن يقال: كيف تكون إجازتهم ساقطة مع أن حق الورثة قد تعلق بماله من أول المرض على سبيل التوقف؟

فلما مات ظهر أن الإجازة صادفت محلها، فكانت إجازتهم في حياته بسبب الاستناد كإجازتهم بعد موته بسبب الاستناد، فقال: إن الاستناد إنما يظهر في حق القائم؛ لأن الساقط المتلاشي كما ذكره فخر الإسلام في مبسوطه.

وفي الإيضاح: حقهم لا يظهر في المال بدليل صرفه إلى حاجته، ولو زنى

اسْتَنَدَ مِن كُلِّ وَجْهٍ يَنْقَلِبُ حَقِيقَةً قَبْلَهُ، وَالرِّضَا بِبُطْلَانِ الحَقِّ لَا يَكُونُ رِضًا بِبُطْلَانِ الحَقِيقَةِ، وَكَذَا إِنْ كَانَت الوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَأَجَازَهُ البَقِيَّةُ، فَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَكُلُّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ يَتَمَلَّكُهُ المُجَازُ لَهُ مِن قِبَلِ المُوصِي) عِنْدَنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: مِن قِبَلِ الوَارِثِ، وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا، لِأَنَّ السَّبَبَ صَدَرَ مِن المُوصِي،

الوارث بجارية الموروث في المرض وجب الحد، والوراثة سبب الخلافة في الملك بعد الموت، والملك موقوف على ما بعد الموت.

وفي المبسوط، والذخيرة: فإن قيل: لا يكون حال الوارث هاهنا أدنى درجة من حال الوارث إذا عفا جارح أبيه قبل موت أبيه، فإنه يصح، وكذا لو أجاز المرتهن بيع الراهن الرهن يصح، مع أن العفو والإجازة فيهما قبل الملك أيضًا، لكن ثبت نوع تعلق فيصح، كذا هاهنا.

قلنا: نعم، إسقاط قبل وجود السبب لا يجوز، ونفس المرض ليس بسبب لتعلق حقه بماله، بل السبب مرض الموت، ومرض الموت ما يتصل به الموت، وهاهنا الاتصال موهوم، فكان [٢/٥١٩/أ] إسقاطًا قبل السبب، وهذا لأن عمل الإجازة في العقد الموقوف في إزالة الملك لإزالة الملك، إنما يصح من المالك إما حقيقة أو حكمًا، وقبل الموتِ الوارثُ ليس بمالك حقيقة ولا حكمًا؛ لعدم نفاذ تصرفه قبل الموت، ولعدم سبب ملكه كما ذكرنا.

بخلاف إجازة المرتهن؛ لأن قبض المرهون سبب لثبوت الملك له فيه حتى يجعل مستوفيًا من وقت القبض لا من وقت الهلاك، وكذا عفو الوارث يصح لوجوده بعد وجود سبب القتل، وصار كأن العفو وجد بعد القتل.

ولهذا لو كفر الجارح قبل موت المجروح ثم مات يصح؛ لأن القتل يستند إلى وقت الجرح، وإنما هاهنا إذا مات المورث من المرض فالموت لا يستند إلى حالة المرض، حتى إن الورثة لا يملكون التركة من وقت المرض، وإذا لم يستند الموت إلى حالة المرض كانت الإجازة قبل السبب.

قوله: (وعند الشافعي من قبل الوارث) فتكون الإجازة هبة مبتدأة، وهذا قول من الشافعي، ورواية عن أحمد، واختاره المزني، وبه قال بعض أصحاب مالك، وأصحاب الظاهر.

وَالإِجَازَةُ رَفْعُ المَانِعِ، وَلَيْسَ مِن شَرْطِهِ القَبْضُ فَصَارَ كَالمُرْتَهَنِ إِذَا أَجَازَ بَيْعَ الرَّاهِنِ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ لِلْقَاتِلِ عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا، بَعْدَ أَنْ كَانَ مُبَاشِرًا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ

ولكن الصحيح من مذهب الشافعي، وأحمد، ومالك كقولنا، وهو قول جمهور العلماء.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: ثمرة الخلاف تظهر في اشتراط القبول والقبض والتسليم من الوارث لملك المجاز له، عندهم شرط كالهبة المبتدأة، وعندنا ليس بشرط.

وجه قولهم أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث بقوله ﷺ: «**الثُّلُثُ كَثِيرٌ**»، وبقوله عليه الصلاة والسلام: «**لَا وَصِيَّةَ لِوارِثٍ**» والإجازة لا تعمل في الباطل، فتكون هبة مبتدأة؛ لأنها[١] تمليك بغير عوض.

وقلنا: تصرف المريض صدر من أهله في محله وامتنع نفوذه؛ لقيام حق الغير، فكانت الإجازة فيه إسقاطًا لحقه، وزوال المانع، ثم ينفذ التصرف على الوجه الذي باشره كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن.

وقد روي في الخبر، إلا أن يجيزه الورثة، فكان الاستثناء من النفي إثباتًا، فيكون ذلك دليلًا على صحة الوصية عند الإجازة، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة، أو لا وصية لوارث عند عدم الإجازة.

فإن قيل: لو أجاز الوارث في مرضه كان ذلك ثلث ماله، فدل أن الإجازة تمليك من جهته.

قلنا: الوارث وإن لم يملك فقد أسقط حقه عن المال بفعله، وإسقاط الحق عن المال بفعله يكون من الثلث وإن لم يكن تمليكًا كالعتق، وكما لو ابتاع ما يساوي عشرة بدرهم ثم رده بالعيب في مرضه كان من الثلث وإن لم يكن تمليكًا كما في العتق، كذا في شرح الأقطع.

(ولا تجوز الوصية للقاتل) إلى آخره وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية والثوري.

---

(١) في الأصل: (لا) والمثبت من النسخة الثانية.

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ» وَلِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا أَخَّرَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَيُحْرَمُ الوَصِيَّةَ كَمَا يُحْرَمُ المِيرَاثَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ لِلْقَاتِلِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ، ثُمَّ إِنَّهُ قَتَلَ المُوصِيَ، تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ لَا تَبْطُلُ، ....

وقال الشافعي [في][1] الأظهر ومالك وأبو ثور وأحمد في المنصوص يصح.

قوله: (وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم قتل الموصي) إلى آخره.

قال أبو الخطاب الحنبلي: لو أوصى له بعد الجرح صح وقتله ثم ظهر القتل على الوصية عند أحمد.

وفي الجواهر: لو قتله بعد الوصية عمدًا مجهرًا تبطل الوصية، ولو قتله خطأ نفذت من المال دون الدية.

وجه قول الشافعي: أن الوصية تمليك بالعقد صدر من أهله فيصح منه كالهبة بخلاف الميراث؛ لأنه استعجل ما أخره الله تعالى بنقض قصده وهو منع الميراث دفعًا للمفسدة.

قوله: (فيُحرَم) على بناء المفعول، و(الوصية) و(الميراث) كلاهما بالنصب على أنهما مفعول ثان.

فإن قيل: هذا التعليل إنما يصح إذا كان الجرح بعد الوصية، وعندنا: لا تفاوت في عدم جوازها بين كون الجرح بعد الوصية أو قبلها، وفي الجرح قبل الوصية لا يتحقق الاستعجال، وأيضًا القياس على الميراث لا يصح؛ لما أن الرق واختلاف الدين ينفيان الإرث ولا ينفيان الوصية.

قلنا: يجعل الجارح مستعجلًا وإن تقدم جرحه على الوصية؛ لما أن اعتبار كونه قاتلًا أو غير قاتل عند الموت، وبالنظر إلى هذا كان القتل مؤخرًا عن الوصية، ولأن بطلان الوصية له لمغايظة الورثة، فإنه يغيظهم أن يقاسمهم قاتل أبيهم بسبب الوصية.

---

(١) مثبتة من النسخة الثانية.

وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ فِي الفَصْلَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ أَجَازَتْهَا الوَرَثَةُ، جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تَجُوزُ)(*) لِأَنَّ جِنَايَتَهُ بَاقِيَةٌ وَالِامْتِنَاعُ لِأَجْلِهَا.

وفي هذا المعنى لا فرق بين تقدم الوصية على الجرح وبين تأخره، بخلاف الكفر والرق، فإن حرمان الإرث بهما لانعدام الأهلية لا لدفع المغايظة.

قيل: هذا معنى فقهي، لكن لا يدفع ما يرد على تعليل الكتاب.

قوله: (والحجة [٢/ ٥١٩/ ب] عليه في الفصلين) أي: فيما إذا أوصى بعد القتل أو قبله **(ما بيناه)** من الحديث والمعنى؛ إذ بعمومه يتناول الفصلين، وروى الدارقطني الحديث.

فإن قيل: يشكل بالمدبر، فإنه إذا قتل سيده يعتق مع أن التدبير وصية، ولا وصية للقاتل، فينبغي أن لا يستحق العتق، ويبطل التدبير، كما هو مذهب أحمد عملًا بعموم الحديث.

قلنا: إنما يعتق لأن الموت جعل شرط عتقه، ومن حيث إنه شرط عتق لا ينعدم بالقتل؛ لأن القتل بغير حق يجوز أن يكون شرطًا للعتق، وكذلك سائر المعاصي، ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته؛ لأنه تعذر رد العتق، فيكون الرد بإيجاب السعاية، كذا في المبسوط، والأسرار.

قوله: (والامتناع لأجلها) أي: لأجل الجناية؛ لأن الوصية أخت الميراث، ولا ميراث للقاتل وإن رضي به الورثة، فكذا الوصية، ولأن الحرمان شرع دفعًا لغيظ الورثة حتى لا يشاركهم من سعى في قتل أبيهم، وهذا ينعدم بإجازتهم.

أما حرمان الميراث من جهة الشرع لا من جهة العبد، فلا تعمل فيه إجازة، والحرمان هنا من جهة العبد فجاز أن تعمل الإجازة فيها.

وأما قوله: إن حرمانه كان بطريق العبودية غير مسلم، بدليل أنه يستوي فيه العامد والخاطئ، والخاطئ لا يستحق العقوبة، وإنما حرمانه دفعًا لغيظهم، وهذا ينعدم بإجازة الورثة، ولهذا لو كان القاتل صبيًّا لم يحرم عن الميراث ولا عن الوصية؛ لأنه بمعزل من الغيظ؛ لقصور عقله، فلا يغيظ فعله الورثة مثل

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَلَهُمَا: أَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّ الوَرَثَةِ، لِأَنَّ نَفْعَ بُطْلَانِهَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ كَنَفْعِ بُطْلَانِ المِيرَاثِ، وَلِأَنَّهُمْ لَا يَرْضَوْنَهَا لِلْقَاتِلِ كَمَا لَا يَرْضَوْنَهَا لِأَحَدِهِمْ. قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ لِوَارِثِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلَا لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» وَلِأَنَّهُ يَتَأَذَّى البَعْضُ بِإِيثَارِ البَعْضِ فَفِي تَجْوِيزِهِ قَطِيعَةُ الرَّحِمِ، وَلِأَنَّهُ حَيْفٌ بِالحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، وَيُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ وَقْتَ المَوْتِ لَا وَقْتَ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ، وَحُكْمُهُ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ.

(وَالهِبَةُ مِن المَرِيضِ لِلْوَارِثِ فِي هَذَا نَظِيرُ الوَصِيَّةِ) لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ حُكْمًا، حَتَّى تَنْفُذَ مِن الثُّلُثِ، وَإِقْرَارُ المَرِيضِ لِلْوَارِثِ عَلَى عَكْسِهِ، لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي الحَالِ فَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ وَقْتَ الإِقْرَارِ.

غيظ البالغ إياهم، فيثبت الحرمان في حق البالغ لا في حقه، إليه أشار في الذخيرة، والمبسوط، والأسرار.

قوله: (**ولا تجوز**) أي: الوصية (**لوارثه**) ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (**ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت**) ولا خلاف فيه أيضًا لأحد.

وفي فتاوى قاضي خان: أوصى لثلاثة أخويه المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية؛ لأنهم لا يرثون مع الابن، ولو كان له بنت مكان الابن جازت الوصية لأخ لأب ولأخ لأم، ولا تجوز لأخ لأب وأم؛ لأنه يرث[1] مع البنت، وإن لم يكن [له][2] ابن ولا بنت الوصية كلها للأخ لأب؛ لأنه لا يرثه، وتبطل الوصية لأخ لأب ولأم ولأخ لأم؛ لأنهما يرثانه، وكذا لو مات الابن أو البنت.

قوله: (**وإقرار المريض للوارث على عكسه**) أي: على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أي: يعتبر الإقرار وقت الإقرار لا وقت الموت.

---

(١) في الأصل (يورث)، والمثبت من النسختين الثانية والثالثة.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ تُجِيزَهَا الوَرَثَةُ) وَيُرْوَى هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، ....

وفي النهاية: هذا الذي ذكره ليس بمجرى على إطلاقه، فإن في إقرار المريض للوارث إنما لا يعتبر وقت الموت في كونه وارثًا إذا كان كونه وارثًا بسبب حادث، أما لو كان وارثًا بسبب كان وقت الإقرار يعتبر كونه وارثًا أيضًا وقت الموت، كما لو أقر لابنه بدين وابنه عبد ثم أعتق ثم مات الابن وهو من ورثته، فإقراره بالدين جائز؛ لأن كسب العبد لمولاه بهذا الإقرار يحصل من المريض في المعنى للمولى، والمولى أجنبي منه، فبأن صار العبد من ورثته لا يبطل ذلك الإقرار؛ لأن هذا حكم يثبت بسبب حادث وهو الإعتاق، وبه لا يبطل الإقرار له، بخلاف من ورث بسبب قائم وقت الإقرار، وهو أن يقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثًا بطل إقراره عندنا.

وقال زفر: لا يبطل، كما لو أقر لأجنبية ثم تزوجها ثم مات ينظر إلى حالة الإقرار.

وقلنا: إنه وارث بسبب كان وقت الإقرار، فتبين أن إقراره حصل لوارثه فيبطل إذ الحكم مضاف إلى سببه، وسببه قائم وقت الإقرار، بخلاف الأجنبية؛ لأنها صارت وارثة بسبب حادث بعد الإقرار.

أما في حق الهبة والوصية يستوي فيه سبب الحادث والقائم في المنع من الجواز؛ لأنهما كالمضاف إلى ما بعد الموت، فاعتبر كونه وارثًا فيهما وقت الموت، فلهذا لا يصحان في الحادث أيضًا، ولا يعلم فيه خلاف، إليه أشار في المبسوط.

قوله: (إلا أن يجيزها الورثة) فحينئذ يصح، وقد بينا الخلاف في أن الإجازة هبة مبتدأة، أو رفع مانع في قوله: (وعند الشافعي: من قبل الوارث) والخلاف فيهما على السواء.

قوله: (فيما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**إنَّ اللهَ تَعالَى أعطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حقَّهُ، أَلَا لَا وَصِيَّةَ لِوارثٍ إلّا أن يُجيزَها الورثةُ**» رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ هكذا، ورواه عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ [٢/ ٥٢٠/ أ] هكذا.

وَلِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ، فَتَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمْ؛ وَلَوْ أَجَازَ بَعْضٌ، وَرَدَّ بَعْضٌ، تَجُوزُ عَلَى الْمُجِيزِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهِ، وَبَطَلَ فِي حَقِّ الرَّادِّ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ، وَالْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ) فَالأُولَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٨] الآيَةَ. وَالثَّانِي لِأَنَّهُمْ بِعَقْدِ الذِّمَّةِ سَاوَوْا الْمُسْلِمِينَ فِي الْمُعَامَلَاتِ، وَلِهَذَا جَازَ التَّبَرُّعُ مِن الجَانِبَيْنِ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، فَكَذَا بَعْدَ المَمَاتِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: الوَصِيَّةُ لِأَهْلِ الحَرْبِ بَاطِلَةٌ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩] الآيَةَ.

قوله: (ولأن الامتناع لحقهم) وهو تأذِّي البعض **(فتجوز بإجازتهم).**

فإن قيل: لو كان الامتناع لحقهم لكان ينبغي أن يجوز فيما دون الثلثين أجازوا أو لا، كما في الوصية للأجنبي؛ لأنهم لا حق لهم في الثلث على ما مر.

قلنا: حقهم تأذيهم بإيثار البعض، وذلك يحصل فيما دون الثلثين أيضًا؛ إذ ذلك موجب لقطيعة الرحم، وذا لا يتأتى في حق الأجنبي، أو لأنا جوزنا الوصية مخالفًا للقياس استحسانًا لحاجة الميت إليه؛ ليتدارك بعض ما فرط فيما يجب عليه من العبادات، ولا حاجة إلى الوصية للورثة؛ لأن التركة حقهم سواء أوصى بها لهم أو لم يوصِ.

قوله: (وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب في دارهم باطلة) اعلم أنه لا خلاف أن الوصية لأهل الذمة من مسلم ومن الذمي للذمي جائز ولمسلم بلا خلاف لأهل العلم أما وصية المسلم لأهل الحرب غير جائز عندنا، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

[وقال مالك، وأحمد، وأكثر أصحاب الشافعي][1]: يجوز، وذكر محمد في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم.

ووجه التوفيق أنه لا ينبغي أن يفعل، ولو فعل ثبت الملك لهم؛ لأنهم من

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من النسخة الثانية.

....

أهل[١] الملك، أما لو أوصى الحربي بعد دخول دارنا بأمان يجوز؛ لأن له ولاية تمليك ماله في حياته، فكذا بعد وفاته، ثم لا فرق في حق الحربي بين الوصية بالثلث أو بالكل؛ لأن حق ورثة الحربي غير معصوم، فلا وجه لمنع تصرفه لحقهم، ولا يعلم فيه خلاف، وفيه قول مالك: إن الوصية تبرع في حقهم كالهبة فتصح كالهبة.

يؤيده ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أعطى عمر حلة من حرير فقال عمر: كسوتنيها وقد منعت منها، فقال ﷺ: «**مَا أعطَيتُكَها لِتَلْبِسَها**» فكساها عمر أخًا له مشركًا بمكة.

وما روي أن[٢] أسماء بنت أبي بكر قالت: أتتني أمي وهي راغبة عن الإسلام، فقلت: يا رسول الله، أفأصلها وهي راغبة عن الإسلام فقال ﷺ: «**نَعَمْ، فهَذانِ فيهما صِلَةُ أهلِ الحَربِ وبِرِّهِمْ**»، ولنا قوله تعالى: ﴿**إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ**﴾ [الممتحنة: ٩]، فدل على [أن][٣] البر على من قاتلنا لا يحل.

وما روى الخصم شاذٌّ لا يترك الكتاب به، ومسألة الهبة ممنوعة، ولئن سلم فالمقصود من الهبة غالبًا العوض، فيكون في معنى التجارة بخلاف الوصية، فإنها مبرة محضة.

وفي مبسوط بكر: إنما أورد هذه المسألة لأن فيها نوع إشكال، وهو أن الوصية أخت الميراث، والميراث لا يجري بين المسلم والكافر، فينبغي ألا تصح الوصية.

فقلنا: الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث من حيث إنه تملك بعد الموت، فلم يكن ميراثًا مطلقًا، فلا يتناوله النص.

---

(١) في الأصل: (أهلك) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (ابن) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَقَبُولُ الوَصِيَّةِ بَعْدَ المَوْتِ، فَإِنْ قَبِلَهَا المُوصَى لَهُ حَالَ الحَيَاةِ، أَوْ رَدَّهَا، فَذَلِكَ بَاطِلٌ) لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ حُكْمِهِ بَعْدَ المَوْتِ، لِتَعَلُّقِهِ بِهِ، فَلَا يُعْتَبَرُ قَبْلَهُ كَمَا لَا يُعْتَبَرُ قَبْلَ العَقْدِ.

قَالَ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الإِنْسَانُ بِدُونِ الثُّلُثِ) سَوَاءٌ كَانَتْ الوَرَثَةُ أَغْنِيَاءَ أَوْ

قوله: (وقبول الوصية بعد الموت) ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (أو ردها فذلك باطل) حتى لو ردها في حياته ثم قبلها بعد موته صح.

وعند زفر: لا يصح قبوله بعد الرد؛ لأن إيجابه كان في حياته، وقد رده فبطل.

ولنا أن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لا تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فلم يثبت له حق قبله فلم يعتبر رده وقبوله قبل الموت، كما لا يعتبر قبل العقد.

ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنت طالق غدًا على ألف فالقبول والرد منها يعتبر بعد مجيء الغد.

قوله: (ويستحب أن يوصي بدون الثلث) إلى آخره، ولا يعلم فيه خلاف؛ لقوله ﷺ: «**لَأَنْ تدَعَ ورثَتَكَ أغنياءَ**» الحديث.

وعن أبي بكر وعمر أنهما قالا: لأن[1] يوصي بالخُمُس أحبُّ إليَّ من أن يوصي بالربع، ولأن[2] يوصي بالربع أحب من أن يوصي بالثلث، كذا في المبسوط.

فإذا ثبت أن استيعاب الثلث بالوصية للغني غير مستحبة لقوله ﷺ: «**الثّلثُ والثُّلثُ كثيرٌ**» فبعد هذا فالأفضل إذا كانت ورثته فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما ذكر في المتن.

الكاشح: الذي يخفي عداوته في كشحه، والكشح: ما بين الخاصرة إلى الضلع.

---

(١) في الأصل: (لا) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (لا) والمثبت من النسخة الثانية.

فُقَرَاءَ، لِأَنَّ فِي التَّنْقِيصِ صِلَةَ القَرِيبِ بِتَرْكِ مَا لَهُ عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ اسْتِكْمَالِ الثُّلُثِ، لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ تَمَامِ حَقِّهِ فَلَا صِلَةَ وَلَا مِنَّةَ، ثُمَّ الوَصِيَّةُ بِأَقَلَّ مِن الثُّلُثِ أَوْلَى أَمْ تَرْكُهَا؟ قَالُوا: إنْ كَانَت الوَرَثَةُ فُقَرَاءَ وَلَا يَسْتَغْنُونَ بِمَا يَرِثُونَ، فَالتَّرْكُ أَوْلَى، لِمَا فِيهِ مِن الصَّدَقَةِ عَلَى القَرِيبِ.

وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ عَلَى ذِي الرَّحِمِ الكَاشِحِ» وَلِأَنَّ فِيهِ رِعَايَةَ حَقِّ الفُقَرَاءِ وَالقَرَابَةِ جَمِيعًا، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ، أَوْ يَسْتَغْنُونَ بِنَصِيبِهِمْ: فَالوَصِيَّةُ أَوْلَى، لِأَنَّهُ يَكُونُ صَدَقَةً عَلَى الأَجْنَبِيِّ، وَالتَّرْكُ هِبَةٌ مِن القَرِيبِ، وَالأُولَى أَوْلَى، لِأَنَّهُ يَبْتَغِي بِهَا وَجْهَ اللَّهِ تَعَالَى. وَقِيلَ فِي هَذَا الوَجْهِ: يُخَيَّرُ، لِاشْتِمَالِ كُلٍّ

قيل: الكاشح: العَدُوُّ الذي أعرض وولّاك كشحه، وإنما الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها، ولا كذلك في ذي الرحم الصديق.

ثم اعلم أن الأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم.

قال ابن عبد البر: لا خلاف فيه بين العلماء؛ لأنه تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين، فخرج منه الوارثون بقوله ﷺ: «**لَا وصيَّةَ لِوارِثٍ**»، وبقي سائر الأقارب على الاستحباب، وقد [٢/ ٥٢٠/ب] قال تعالى: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ﴾ [الإسراء:٢٦]، وقال تعالى: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [البقرة:١٧٧] فبدأ بهم، ولأن الوصية صدقة فيعتبر بالصدقة في الحياة، أما لو أوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته عند الفقهاء، وأكثر أهل العلم.

وعن طاوس، والضحاك: تنزع عن الغير وترد إلى قرابته.

وعن الحسن، وجابر بن زيد: يعطى ثلث الثلث للغير، ويرد الباقي إلى قرابته.

وقلنا: إن عمران بن الحصين أعتق في مرضه سِتَّةَ أَعْبُدٍ، ولم يكن له مال غيرهم، فدعاهم النبي ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء، ثم أقرع بينهم، فأجاز العتق في ثلثه لغير قرابته، ولأنها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية في الحياة؛ لأن الأفضل ما ذكرنا.

مِنْهُمَا عَلَى فَضِيلَةٍ، وَهُوَ الصَّدَقَةُ وَالصِّلَةُ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ الخَيْرَيْنِ. قَالَ: (وَالمُوصَى بِهِ يُمْلَكُ بِالقَبُولِ) خِلَافًا لِزُفَرَ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ. هُوَ يَقُولُ: الوَصِيَّةُ أُخْتُ المِيرَاثِ، إِذْ كُلٌّ مِنْهُمَا خِلَافَةٌ لِمَا أَنَّهُ انْتِقَالٌ، ثُمَّ الإِرْثُ يَثْبُتُ مِن غَيْرِ قَبُولٍ، فَكَذَلِكَ الوَصِيَّةُ.

وَلَنَا: أَنَّ الوَصِيَّةَ إِثْبَاتُ مِلْكٍ جَدِيدٍ، وَلِهَذَا لَا يَرُدُّ المُوصَى لَهُ بِالعَيْبِ، وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ بِالعَيْبِ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِثْبَاتَ المِلْكِ لِغَيْرِهِ إِلَّا بِقَبُولِهِ، أَمَّا الوِرَاثَةُ فَخِلَافَةٌ حَتَّى يَثْبُتَ فِيهَا هَذِهِ الأَحْكَامُ، فَيَثْبُتُ جَبْرًا مِن الشَّرْعِ مِن غَيْرِ قَبُولٍ.

قَالَ: (إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهِيَ: أَنْ يَمُوتَ المُوصِي، ثُمَّ يَمُوتَ المُوصَى

قوله: (والموصى به يملك بالقبول)، وبه قال جمهور العلماء إذا كان لمعين يمكن القبول منه، أما لو كان لغير معين كالفقراء والمساكين، ولا يمكن حصره كبني هاشم، أو على مصلحة مسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول، ولزمت بمجرد الموت؛ لأن الوصية لهم كالوقف عليهم.

وقال زفر، والشافعي في قول غير مشهور: إن الوصية تملك بالموت، ويحكم بذلك قبل القبول.

وقلنا: إن هذا تمليك المال بالعقد، فلا يثبت قبل القبول كالتمليك بالهبة والبيع، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، يعني إذا اشترى المريض شيئًا وأوصى به لرجل، ثم إن الموصى له وجد به عيبًا لا يرده على بائع الموصي، وكذا لا يرد عليه بعيب، يعني لو أوصى بجميع ماله لإنسان، ثم باع شيئًا من التركة، ووجد المشتري به عيبًا لا يرده على الموصى له، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبتت ولاية الرد في الصورتين جميعًا كما في الوارث.

قوله: (إلا في مسألة واحدة) أي: يملك بدون القبول فيها.

وفي الذخيرة: لو مات الموصى له بعد موت[1] الموصي قبل القبول والرد يدخل الموصى به في ملك وارث الموصى به استحسانًا.

---

(١) في الأصل: (مول) والمثبت من النسخة الثانية.

لَهُ قَبْلَ القَبُولِ، فَيَدْخُلُ المُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ) اسْتِحْسَانًا، وَالقِيَاسُ: أَنْ تَبْطُلَ الوَصِيَّةُ، لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ المِلْكَ مَوْقُوفٌ عَلَى القَبُولِ، فَصَارَ كَمَوْتِ المُشْتَرِي قَبْلَ قَبُولِهِ بَعْدَ إِيجَابِ البَائِعِ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الوَصِيَّةَ مِن جَانِبِ المُوصِي قَدْ تَمَّتْ بِمَوْتِهِ تَمَامًا لَا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ مِن جِهَتِهِ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَتْ لِحَقِّ المُوصَى لَهُ، فَإِذَا مَاتَ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ كَمَا فِي البَيْعِ المَشْرُوطِ فِيهِ الخِيَارُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الإِجَازَةِ.

والقياس: أن يبطل؛ لتوقف ملكه على القبول كالهبة، فإذا مات من له القبول قبل القبول بطل كما في الهبة، وهو قول بعض أصحاب الشافعي، وأحمد.

وقال الشافعي، ومالك، وأحمد: يقوم ورثته مقامه في القبول والرد[(١)]؛ لأنه حق ثبت للمورث، فيثبت لوارثه بعد موته؛ لقوله ﷺ: «**مَن تَرَكَ حقًّا فَلِوَرَثَتِهِ**»، وبالقياس على خيار الرد بالعيب.

قلنا: تلزم الوصية في حق وارثه، وتدخل في ملكه بغير قبول؛ لأن الوصية قد تمت ولزمت من جهة الموصي تمامًا ولزومًا لا يقبل الفسخ من جهته بموته، وإنما توقف في حق الموصى له لخياره القبول والرد، فإذا مات بطل خياره ودخل في ملك وارثه، كما لو اشترى شيئًا على أن له الخيار فمات قبل الإجازة، وانقضاء المدة يبطل خياره ويدخل المبيع في ملكه، ولا خلاف للأئمة الأربعة في أن الموصى له لو مات قبل موت الموصي بطلت الوصية، وهو قول أكثر أهل العلم.

وعن الحسن: لا تبطل، فيكون لولد الموصى له؛ لأنه مات بعد عقد الوصية فيقوم وارثه مقامه.

وعن عطاء: إذا علم الموصي بموت الموصى له، ولم يحدث فيما أوصى شيئًا فهو لوارث الموصى له فصار كأنه مات بعد موت الموصي.

---

(١) بعدها في الأصل: (حيث) والسياق بدونها أليق.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ، لَمْ تَجُز الوَصِيَّةُ) لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَى الوَصِيَّةِ، لِأَنَّهُ أَهَمُّ الحَاجَتَيْنِ، فَإِنَّهُ فَرْضٌ، وَالوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ، وَأَبَدًا يُبْدَأُ بِالأَهَمِّ فَالأَهَمِّ .(إِلَّا أَنْ يُبْرِئَهُ الغُرَمَاءُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ، فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ عَلَى الحَدِّ المَشْرُوعِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَصِحُّ إِذَا كَانَ فِي وُجُوهِ

وقلنا: إنه عطية فصادفت المعطى له ميتًا، فلم تصح، كما لو وهب ميتًا، والوصية للميت ابتداء لا تجوز عندنا، والشافعي، وأحمد.

وقال مالك: إن علم موته حين الوصية تصح، فهي لورثته؛ لأن غرضه نفع ورثته.

وقلنا: الورثة تفتقر إلى القبول، فلم تصح للميت.

قوله: (لأن الدين يقدّم على الوصية)، ولا يعلم فيه خلاف.

وفي الكشاف: وإنما قدم الوصية على الدين في قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء:١١] مع أن الدين مقدم شرعًا؛ لما أن الوصية مشبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض، فكان إخراجها مما يشق على الورثة، ولا تطيب أنفسهم بها، فكان أداؤها [مظنة للتفريط، بخلاف الدين فإن نفوسهم][١] مطمئنة إلى أدائه، فلذلك قدمت على الدين بعثًا على المسارعة إلى إخراجها ووجوبها مع الدين، ولذلك جيء بكلمة ﴿أَوۡ﴾ للتسوية بينهما في الوجوب.

وفي المبسوط: على أنكم تقرّون الوصية قبل الدَّين، وكان ﷺ يبدأ بالدَّين، وهكذا عن ابن عباس، فهذا منه إشارة إلى التقديم والتأخير في الآية، وقضاء الدين من أصول حوائجه؛ لأن ذمته تفرغ به، والوصية ليست من أصول حوائجه، وحاجته مقدمة في تركته، فصار كتجهيزه وتكفينه.

قوله: (ولا تصح وصية الصبي) سواء مات قبل الإدراك أو بعده، وبه قال

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من النسخة الثانية.

الخَيْرِ، لِأَنَّ عُمَرَ ﷺ أَجَازَ وَصِيَّةَ يَفَاعٍ أَوْ يَافَاعٍ وَهُوَ الَّذِي رَاهَقَ الحُلُمَ، وَلِأَنَّهُ نَظَرَ لَهُ بِصَرْفِهِ إِلَى نَفْسِهِ فِي نَيْلِ الزُّلْفَى، وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ يَبْقَى عَلَى غَيْرِهِ.

وَلَنَا: أَنَّهُ تَبَرُّعٌ، وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِن أَهْلِهِ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ غَيْرُ مَلْزُومٍ، وَفِي تَصْحِيحِ

الشافعي في قول، وأصحاب [٢/ ٥٢١/أ] الظاهر، والحسن، ومجاهد، وابن عباس.

وقال الشافعي: تصح وصية الصبي المميز في قول، وبه قال أحمد، ومالك، والشعبي، والنخعي، وإسحاق، وعمر بن عبد العزيز، وشريح، وعطاء، والزهري، وإياس، وعبد الله، بن عيينة.

قوله: (أجاز وصية يفاع) أي: صبي يفاع، أو يافع من أيفع الغلام إذا ارتفع، فهو يافع، وغلام يفاع بمعنى يافع، وجمعه يفعان، ولا يقال صبي يوفع، وهو من النوادر. وعن ابن مسعود مثله.

وروى مالك في الموطأ قيل لعمر: إن هاهنا يفاعًا لم يحتلم، وورثته بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم له، فقال عمر: فليوصِّ لها، فأوصى لها، ولأنه تصرف تمحَّض نفعًا له فيصح منه كالإسلام والصلاة.

وعند الشافعي: تصح وصيته، ولا يصح إسلامه وقبول الهبة والصدقة؛ لأنه أمكن تحصيل الإسلام بوليه، فلا يعتبر فيه عقله ورشده، وكذا قبول الهبة والصدقة تحصل بفعل وليه، وأما اكتساب الأجر بالوصية لا يمكن تحصيله بغيره.

قوله: ولم تنفذ أي وصيته يبقى أي المال على غيره أي على غير الصبي ولو قلنا بنفاذ وصيته كان المال باقيًا على نفسه بسبب حصول نيل الزُّلْفَى والدرجة العليا فكان مبقى على نفسه بهذا الطريق فيكون نفوذ وصيته أولى من عدم نفوذها.

قوله: (ولنا أنه)(١) أي الوصية بتأويل الإيصاء **(تبرع وليس الصبي من أهله)** كالهبة والصدقة فإنهما لا يصحان منه بالإجماع.

---

(١) في الأصل: (ولتادية) والمثبت من النسخة الثانية.

وَصِيَّتِهِ قَوْلٌ بِإِلْزَامِ قَوْلِهِ، وَالأَثَرُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَرِيبَ العَهْدِ بِالحُلُمِ مَجَازًا، أَوْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ فِي تَجْهِيزِهِ وَأَمْرِ دَفْنِهِ، وَذَلِكَ جَائِزٌ عِنْدَنَا، وَهُوَ يُحْرِزُ الثَّوَابَ بِالتَّرْكِ عَلَى وَرَثَتِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ، وَالمُعْتَبَرُ فِي النَّفْعِ وَالضَّرَرِ النَّظَرُ إِلَى أَوْضَاعِ التَّصَرُّفَاتِ، لَا إِلَى مَا يَتَّفِقُ بِحُكْمِ الحَالِ ....

قوله: (**والأثر محمول على أنه قريب العهد بالحلم مجازًا**) يعني كان بالغًا ولم يَمْضِ على بلوغه زمان كثير، بأن كان بلغ ومضى عليه يوم أو يومان، ومثله يسمى يافعًا مجازًا، والشيء إذا قرب بالشيء يسمى باسمه، كما في قوله عليه الصلاة والسلام: «**لَقِّنوا مَوتاكُم**»، ولهذا لم يستفسر عمر أن وصيته لعمل القربة أو لغيره. كذا في المبسوط.

قال ابن حزم: ما رُوي عن عمر وابن مسعود لم يصح، ولا يُدرَى مَنْ[1] رواه عن ابن مسعود، وخالفهما ابن عباس.

وقد صح بنص القرآن والحديث أن الصبي ممنوع من أمواله، قال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

وقال عليه الصلاة والسلام: «**رُفِعَ القلمُ عن ثلاثٍ**» وذكر منها الصغير.

قال الطحاوي: الاحتجاج بهذا الأثر لا يصح من الشافعي؛ لأنه مرسل؛ لأن رواية عمرو بن سليم، وهو لم يلقَ عمر.

وعندنا - وإن كان مقبولًا - لكنه خالف عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «**رُفِعَ القلمُ عن ثلاثٍ**» الحديث. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

قوله: (**إلى أوضاع التصرفات**) يعني يعتبر في التصرف أصل الوضع إلا[2] الأحوال، والوصية في أصل الوضع مزيل للملك، وقد يتفق النفع فيها في بعض الأحوال، وقد لا يكون فيه نفع، بأن أوصى لفاسق ينفق ذلك المال في الفسق، وهذا إعانة على المعصية لا ينبغي في نيل الزلفى، وفي الحديث: «**مَن أعانَ علَى تارِكِ الصّلاةِ بكَفٍّ من ملحٍ عاقبَهُ اللهُ تعالَى سَبعينَ خريفًا في جَهنّم**»[3]. كذا في بعض الجوامع.

---

(١) بعدها في الأصل: (أين) والمثبت من النسختين.

(٢) في المتن: (لا إلى ما يتفق بحكم الحال). (٣) الحديث غير موجود في كتب الحديث والسنة.

اعْتَبَرَهُ بِالطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ وَلَا وَصِيُّهُ، وَإِنْ كَانَ يَتَّفِقُ نَافِعًا فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ الإِدْرَاكِ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ وَقْتَ المُبَاشَرَةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: إِذَا أَدْرَكْتُ فَثُلُثُ مَالِي لِفُلَانٍ وَصِيَّةً لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ، فَلَا يَمْلِكُهُ تَنْجِيزًا وَتَعْلِيقًا كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ، بِخِلَافِ العَبْدِ وَالمُكَاتَبِ، لِأَنَّ أَهْلِيَّتَهُمَا مُسْتَتِمَّةٌ، وَالمَانِعُ حَقُّ المَوْلَى، فَتَصِحُّ إِضَافَتُهُ إِلَى حَالِ سُقُوطِهِ.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ المُكَاتَبِ، وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً) لِأَنَّ مَالَهُ لَا يَقْبَلُ التَّبَرُّعَ، وَقِيلَ: عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا تَصِحُّ، وَعِنْدَهُمَا: تَصِحُّ رَدًّا لَهَا إِلَى مُكَاتَبٍ يَقُولُ: كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ، ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ، وَالخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

قوله: **(اعتبره بالطلاق)** فإن كان الطلاق قد يتفق نفعًا بأن يُطَلق المعسرة ويتزوج بأختها الموسرة، أو يطلقها بأن كانت زانية سليطة ويتزوج بالصالحة، ولا يملكه الصبي ولا وليه.

أما قوله: تنفعه الوصية لا يمكن تحصيلهما بوَلِيِّه. قلنا منفعة الهبة والصدقة من حيث الأجر وصلة الرحم لا يمكن تحصيلها له أيضًا بوَلِيِّه، ومع ذلك لا يصح ذلك منه، مع أن الصبي يحرز الثواب بترك الوصية والمال على ورثته كما بيّناه من قبل من قوله: «**لَأن تدَعَ ورثتَكَ أغنياءَ**» الحديث، وكذا الإعتاق لا يصح منه، وإن كان في الإعتاق ثواب.

قوله: بخلاف العبد والمكاتب فإن وصيتهما وعتاقهما يصح تعليقًا لا تنجيزًا، وكذا المدبر وأم الولد، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: **(عُرِف في موضعه)**، وهو باب الحنث في ملك المكاتب، والمأذون من أيمان الجامع الصغير فقد ذكر فيه لو أن مأذونا أو مكاتبا قال: إذا أعتقتُ فكل مملوك أملكه فهو حرٌّ، فعتق فاشترى مملوكًا يعتق؛ لأنه أضاف الإعتاق إلى ملك قابل للإعتاق، وهو ما بعد الحرية، فيصح.

وهذا بخلاف الصبي إذا قال: إذا بلغتُ فكل مملوك أملكه فهو حر كان

قَالَ: (وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ وَبِالحَمْلِ، إِذَا وُضِعَ لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِن وَقْتِ الوَصِيَّةِ) ....

باطلًا؛ لأن بطلان تصرف الصبي؛ لعدم أهليته، والتعليق والتنجيز[1] في ذلك سواء.

أما بطلان تصرف العبد ما كان لعدم الأهلية، بل لخلل في الملك، فإذا أضافه إلى ملك قابل للإعتاق يصح، أما إذا قال المأذون أو المكاتب: [٢/ ٥٢١/ب] كل مملوك لي فهو حرٌّ بدون التعليق لا يصح؛ لأن قوله: كل مملوك أملكه يتناول الحال، وذلك غير قابل للإعتاق.

أما إذا قال: إذا أعتقت كل مملوك أملكه فهو حرٌّ يصح، ولو قال: كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر، فملك مملوكًا بعد العتق.

عند أبي حنيفة: لا يعتق، وعندهما: يعتق؛ لأن ذكر الملك مطلقًا ينصرف إلى ملك قابل للإعتاق، وهو ما بعد الحرية.

وله أن للمكاتب نوع ملك قبل الإعتاق وهو ظاهر، ونوع ملك بعد الإعتاق وهو غير ظاهر، فتنصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر، كما لو تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا، ثم قال: لها إن طلقتك فعبده حرٌّ، تنصرف اليمين إلى الطلاق في النكاح الفاسد، كذا في الجامع الكبير لقاضي خان.

قوله: (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر عن[2] وقت الوصية)، وبه قالت الأئمة الثلاثة، والثوري، ولا يعلم فيه خلاف.

وفي النهاية: عن وقت موت الموصي، لأنه ذكر في المبسوط: لو أوصى بما في بطن جاريته، ثم ولدت بعد موته لستة أشهر أو أكثر لا وصية له؛ لأنه أوصى بالمعدوم، ولم يعلم وجوده عند الموت [لا حقيقة ولا حكمًا، ووجوب الوصية عند الموت][3]، فما ذكر في الكتاب مخالف له، إلا أن تأويل قوله: **(من وقت الوصية)** عن وقت وجوب الوصية.

---

(١) في الأصل والنسخة الثانية: (التخيير) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل (غير)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّ الوَصِيَّةَ اسْتِخْلَافٌ مِن وَجْهٍ، لِأَنَّهُ يَجْعَلُهُ خَلِيفَةً فِي بَعْضِ مَالِهِ، وَالجَنِينُ صَلَحَ خَلِيفَةً فِي الإِرْثِ فَكَذَا فِي الوَصِيَّةِ إِذْ هِيَ أُخْتُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، لِمَا فِيهِ مِن مَعْنَى التَّمْلِيكِ، بِخِلَافِ الهِبَةِ، لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ مَحْضٌ وَلَا وِلَايَةَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ لِيُمَلِّكَهُ شَيْئًا.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِأَنَّهُ بِعَرْضِ الوُجُودِ، إذ الكَلَامُ فِيمَا إِذَا عُلِمَ وُجُودُهُ وَقْتَ الوَصِيَّةِ، وَبَابُهَا أَوْسَعُ لِحَاجَةِ المَيِّتِ وَعَجْزِهِ، وَلِهَذَا تَصِحُّ فِي غَيْرِ المَوْجُودِ كَالثَّمَرَةِ، فَلَأَنْ تَصِحَّ فِي المَوْجُودِ أَوْلَى.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِجَارِيَةٍ إِلَّا حَمْلَهَا، صَحَّتْ الوَصِيَّةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ) لِأَنَّ اسْمَ الجَارِيَةِ لَا يَتَنَاوَلُ الحَمْلَ لَفْظًا، ....

ولكن يشكل على ما ذكر في المبسوط والكتاب مسألة الوصية بثمرة بستانه أبدا، فإنه يجوز، ويجيء في الكتاب في باب الوصية والسكنى والثمرة، وكذا الوصية بغلة بستانه تقع على الموجود والمعدوم، وكذا وجود الموصى له ليس بشرط لصحة الوصية.

ألا ترى أنه لو أوصى لأولاد فلان، ولم يكن له ولد، وولد بعد الوصية قبل موت الموصي فالوصية صحيحة له، وأجناسه تجيء في باب الوصية للأقارب من الكتاب.

وذكر المحبوبي أيضًا: وجوابه يجيء هناك أيضًا إن شاء الله تعالى.

وعند الأئمة الثلاثة: يصير من حين الوصية، كما ذكر في الكتاب.

قوله: (**والجنين صلح خليفة**) إلى آخره، والقبول شرط ثبوت الملك لا شرط صحة الوصية، فيصح وإن لم يكن القبول.

وقوله: (**إلا أنه يرتد بالرد**) سؤال مقدر، وهو أن الوصية لو كانت أخت الميراث ينبغي ألا ترد بالرد كالإرث، فأجاب بما ذكر أن الهبة لا تصح؛ لأنها تمليك محض، ولا ولاية لأحد على ما في البطن، أما الوصية صحيحة؛ لأن الإيصاء خلافة، وخلافة الحمل صحيح شرعًا لحاجة الميت.

قوله: (**لا يتناول الحمل لفظًا**) فإن قيل: إذا لم يتناوله اسم الجارية فينبغي أن لا يصح استثناؤه؛ لأنه تصرف في الملفوظ.

وَلَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالإِطْلَاقِ تَبَعًا، فَإِذَا أَفْرَدَ الأُمَّ بِالوَصِيَّةِ، صَحَّ إِفْرَادُهَا، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ إِفْرَادُ الحَمْلِ بِالوَصِيَّةِ فَجَازَ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَهَذَا هُوَ الأَصْلُ: أَنَّ مَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ، إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، وَمَا لَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالعَقْدِ لَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنْهُ، وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُوصِي الرُّجُوعُ عَن الوَصِيَّةِ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَمْ يَتِمَّ، فَجَازَ الرُّجُوعُ

قلنا: كفى لصحته التزين بزيها كما في (استثناء إبليس)، وهاهنا الحمل جزء؛ لأنه ما لم ينفصل فبهذا الملابسة والتبعية جاز الاستثناء، مع أن صحة الاستثناء لا تفتقر إلى التناول اللفظي، بدليل استثناء قفيز حنطة من ألف درهم.

ولأن اسم الجارية يتناول الحمل من وجه؛ لأن الجارية اسم للمجموع، والحمل جزء فيتناوله ضمنا أي: الحمل.

(يستحق بالإطلاق) أي: بإطلاق لفظ الجارية دون الاستثناء (تبعًا) يعني يدخل الحمل في الوصية بالجارية تبعًا.

قوله: (لأنه) أي: الوصية على تأويل الإيصاء (تَبَرُّع لم يتم)؛ لأنه مضاف إلى ما بعد الموت والتبرع النافذ، وهو الهبة تحتمل الرجوع، فالمضاف أولى.

أجمع أهل العلم على جواز الرجوع للموصي في جميع ما أوصى به أو بعضه إلا الوصية بالإعتاق، والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية، وهو [قول][1] الأئمة الأربعة، وعطاء، وجابر بن زيد، والزهري، وقتادة، وإسحاق، وأبو ثور.

وروي عن عمر أنه قال: يغير الرجل ما شاء من وصيته ولم يعرف له مخالف، فحل محل الإجماع.

وعن الشعبي، وابن سيرين، وابن شبرمة، والنخعي: يغير منها ما شاء إلا العتق؛ لأنه إعتاق بعد الموت، فلم يملك التغيير كالتدبير.

ولنا ما روينا عن عمر، ولأنه عطية كالهبة فجاز الرجوع فيها قبل القبض،

---

(١) مثبتة من النسخة الثانية.

عَنْهُ كَالهِبَةِ، وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي كِتَابِ الهِبَةِ، وَلِأَنَّ القَبُولَ يَتَوَقَّفُ عَلَى المَوْتِ، وَالإِيجَابُ يَصِحُّ إِبْطَالُهُ قَبْلَ القَبُولِ كَمَا فِي البَيْعِ.

قَالَ: (وَإِذَا صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ، أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ، كَانَ رُجُوعًا) أَمَّا الصَّرِيحُ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا الدَّلَالَةُ، لِأَنَّهَا تَعْمَلُ عَمَلَ الصَّرِيحِ، فَقَامَ مَقَامَ قَوْلِهِ: «قَدْ

كما في الهبة، ويحصل الرجوع بالصريح وبالدلالة بإجماع أهل العلم.

أما الصريح فظاهر، وهو قوله: رجعت في وصيتي، أو أبطلتها، أو غَيَّرتها.

أما الدلالة فكل فعل يسقط به خيار الشرط في البيع.

(لأنها) أي: الدلالة **(تعمل عمل الصريح)** بل تفوق على الصريح السابق؛ لأنها عامل في الحال، وصريح قوله: أوصيت لا يعمل في الحال.

وفي الذخيرة: دلالة أنواع، أحدها: استهلاك الموصى به حكمًا أو حقيقة، كما لو أوصى بثوب بقطعة وخاطه قميصًا، أو بقطعتين فغزله ونسجه، [٢/٥٢٢/أ] أو بحديدة فصنعها سيفًا، فهذه التصرفات استهلاك حكمًا؛ ألا ترى أن حق المغصوب منه ينقطع بهذه التصرفات، ونوع من ذلك أن يخلطه بغيره خلطًا لا يمكن التمييز أصلًا كالسويق إذا لَتَّهُ بسمن.

ونوع من ذلك أن يُحدِث نقصانًا فيه حتى خرج عن هيئة الادخار والبقاء إلى يوم الموت، بأن كانت شاة فذبحها.

وأما الرجوع ضرورة فإن يتغير الموصى به ويتغير اسمه؛ لأنه لا يبقى بهذا موصى به بذلك إلى يوم الموت، كما لو أوصى بحنطة فهبت الريح بها وألقتها في طاحونة فصارت دقيقًا قبل موت الموصي بطلب الوصية، أو أوصى بالكُفْرَى في نخلة فصارت رطبًا، أو أوصى بعنب فصار زبيبًا، أو أوصى ببيضة فحضنت دجاجة عليها فأخرجت فراريخ بطلت الوصية.

ولو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي قبل قبول الوصية أو بعده لا تبطل الوصية؛ لأن التغير حصل بعد تمام الوصية، فلا يوجب بطلانها، ولو أوصى برطب فصار تمرًا لا تبطل الوصية استحسانًا، بخلاف العنب إذا صار زبيبًا، لأن الرطب والتمر جنس واحد، ولهذا جاز استيفاء أحدهما مكان الآخر

أُبْطِلَتْ»، وَصَارَ كَالبَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الخِيَارُ فِيهِ بِالدَّلَالَةِ، ثُمَّ كُلُّ فِعْلٍ لَوْ فَعَلَهُ الإِنْسَانُ فِي مِلْكِ الغَيْرِ يَنْقَطِعُ بِهِ حَقُّ المَالِكِ، فَإِذَا فَعَلَهُ المُوصِي كَانَ رُجُوعًا، وَقَدْ عَدَدْنَا هَذِهِ الأَفَاعِيلَ فِي كِتَابِ الغَصْبِ.

وَكُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي المُوصَى بِهِ وَلَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ العَيْنِ إِلَّا بِهَا، فَهُوَ رُجُوعٌ إِذَا فَعَلَهُ، مِثْلُ: السَّوِيقِ يَلُتُّهُ بِالسَّمْنِ، وَالدَّارِ يَبْنِي فِيهِ المُوصِي، وَالقُطْنِ يَحْشُو بِهِ، وَالبِطَانَةِ يُبَطِّنُ بِهَا، وَالظِّهَارَةِ يُظَهِّرُ بِهَا، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ الزِّيَادَةِ، وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُهَا، لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكِ المُوصِي مِن جِهَتِهِ، بِخِلَافِ تَخْصِيصِ الدَّارِ المُوصَى بِهَا وَهَدْمِ بِنَائِهَا، لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي التَّابِعِ، وَكُلُّ تَصَرُّفٍ أَوْجَبَ زَوَالَ مِلْكِ المُوصِي فَهُوَ رُجُوعٌ، كَمَا إِذَا بَاعَ العَيْنَ المُوصَى بِهِ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ أَوْ وَهَبَهُ ثُمَّ رَجَعَ فِيهِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لَا تَنْفُذُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ، فَإِذَا أَزَالَهُ كَانَ رُجُوعًا.

وَذَبْحُ الشَّاةِ المُوصَى بِهَا رُجُوعٌ، لِأَنَّهُ لِلصَّرْفِ إِلَى حَاجَتِهِ عَادَةً، فَصَارَ هَذَا المَعْنَى أَصْلًا أَيْضًا، وَغَسْلُ الثَّوْبِ المُوصَى بِهِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا، لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَ ثَوْبَهُ غَيْرَهُ يَغْسِلُهُ عَادَةً، فَكَانَ تَقْرِيرًا.

في السلم، وجاز بيع الرطب بالتمر متماثلًا عند أبي حنيفة فلم يتغير.

وفي العنب تغير العنب والاسم، وكذا البيع والهبة ولا يعلم فيه خلاف للأئمة الثلاثة، وعند الشافعي في وجه: إذا جعل الرطب تمرًا رجوع كما في العنب.

قوله: (وهدم بنائها) حيث لا يكون رجوعًا عندنا، وعند الأئمة الثلاثة يكون رجوعًا؛ لأنه[1] تصرف يوجب تغير الموصى به، ولهذا لو فعله في ملك غيره يجب الضمان، أما لو انهدمت بنفسها لا يكون رجوعًا بالإجماع.

ولنا أن البناء تابع والتصرف في البيع لا يدل على إسقاط الحق عن الأصل كالتخصيص.

قوله: (فكان تقريرًا) أي: تقريرًا للوصية ليصل الموصى به إلى الموصى له

---

(١) في الأصل: (لا) والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِنْ جَحَدَ الوَصِيَّةَ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا) كَذَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَكُونُ رُجُوعًا(*)، لِأَنَّ الرُّجُوعَ نَفْيٌ فِي الحَالِ، وَالجُحُودَ

على ألطف حال، وعن الشافعي في وجه: يكون رجوعًا إذا قصده.

قوله: (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعًا) حتى لو قامت البينة على الوصية بعد موت الموصي قبلت، هكذا ذكر في الجامع.

وفي المبسوط: جحود الوصية رجوع، قال بعض مشايخنا: لا اختلاف بين الروايتين، ولكن ما ذكر في الجامع محمول على أن الجحود كان عند الموصى له، والجحود [عند][1] غيبته لا يكون رجوعًا على الروايات كلها؛ لأن الجحود ليس بصريح رجوع، ولكن لما كان نفيًا للحال اقتضى الرد، وإنما يثبت الرد إذا صح الإنكار، والإنكار على الغائب لا يصح، لأن الإنكار من باب المعارضة، وإذا لم يصح الإنكار لا يصح ما يقوم به، وهو الرد.

وما ذكره في المبسوط محمول على ما إذا كان جحوده عند حضرة الموصى له، والجحود عند حضرته يكون رجوعًا باتفاق الروايات.

وقال بعضهم: ما ذكر في المبسوط محمول على الجحود الحقيقي رجوع على الروايات كلها، وما ذكر في الجامع محمول على صورة الرجوع.

فإن موضوع مسألة الجامع فيمن أوصى لرجل بثلث ماله، ثم قال لقوم: اشهدوا أني لم أوصِ لفلان لا بقليل ولا بكثير؛ لأن هذا طلب شهادة الزور، فكأنه قال: اشهدوا عليَّ بالباطل، فلم يكن رجوعًا.

ومنهم من قال: في المسألة روايتان، قال شيخ الإسلام: هو الأصح.

وفي مبسوط السرخسي: والأصح ما ذكره المُعلّى في نوادره أن على قول محمد لا يكون رجوعًا، وعلى قول أبي يوسف يكون رجوعًا، وهو قول الشافعي، ومالك، وأحمد في رواية، وفي رواية عن أحمد لم يكن رجوعًا كقول محمد.

(*) الراجح: قول محمد.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

نَفْيٌ فِي المَاضِي وَالحَالِ، فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا، وَلِمُحَمَّدٍ: أَنَّ الجُحُودَ نَفْيٌ فِي

وعن أبي حنيفة روايتان لأبي يوسف أن الرجوع نفي الوصية في الحال، والجحود نفي لها في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعًا، ألا ترى أن جحود التوكيل عزل، وجحود المتبايعين إقالة.

(**ولمحمد أن الجحود**) إلى آخره يعني الرجوع عن الشيء يقتضي وجود ذلك الشيء، والجحود يقتضي سبق عدمه، إذ الجحود نفي لأصل العقد.

فلو كان الجحود رجوعًا لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال، أو يقال: العدم في السابق من لوازم الجحود، والوجود في السابق من لوازم الرجوع، وتنافي اللازمين يستلزم تنافي الملزومين، ولا يلزم أحد المحالين، وهو الجمع بين اللازمين المتنافيين أو وجود الملزوم بدون اللازم، فكان بين الجحود والرجوع منافاة ضرورة كونهما ملزومين، فلا يكون الجحود رجوعًا؛ لأن أحد المتنافيين لا يكون مستلزمًا للآخر، ولهذا لا يكون جحود النكاح [٢/ ٥٢٢/ب] فرقة.

فإن قيل: ينبغي أن يكون الجحود رجوعًا مجازًا عن الرجوع تحرزًا عن إلغاء كلامه وصيانته عن الكذب، كما قال أبو حنيفة في أكبر سنًّا منه هذا ولدي يجعل مجازًا عن العتق لصيانة كلامه عن الإلغاء.

قلنا: لو جعلنا هذا الكلام رجوعًا لبطل الأول وهو إيصاؤه، والإيصاء بابه أوسع وتنفيذه أنفع تلافيًا لما [فرط][١] فرجحنا جهة تصحيح الأول بخلاف مسألة أكبر سنًّا منه، فإن العتق أسرع نفوذًا من سائر التصرفات، كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله.

وفي النهاية: تأخير المصنف دليل محمد يدل على أن اختياره قول محمد.

ولكن ذكر في الذخيرة، والمبسوط: والأصح قول أبي يوسف، فوجه الأصح أن الجحود كذب حقيقة إلا أنه يحتمل الفسخ مجازًا، فيحمل وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الْمَاضِي، وَالِانْتِفَاءُ فِي الْحَالِ ضَرُورَةُ ذَلِكَ، وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ، كَانَ الْجُحُودُ لَغْوًا، أَوْ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِثْبَاتٌ فِي الْمَاضِي وَنَفْيٌ فِي الْحَالِ، وَالْجُحُودَ نَفْيٌ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ، فَلَا يَكُونُ رُجُوعًا حَقِيقَةً، وَلِهَذَا لَا يَكُونُ جُحُودُ النِّكَاحِ فُرْقَةً، (وَلَوْ قَالَ: كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ فَهُوَ حَرَامٌ وَرِبًا، لَا يَكُونُ رُجُوعًا) لِأَنَّ الْوَصْفَ يَسْتَدْعِي بَقَاءَ الْأَصْلِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُ الذَّاهِبُ الْمُتَلَاشِي (وَلَوْ قَالَ: أَخَّرْتُهَا، لَا يَكُونُ رُجُوعًا) لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ لِلسُّقُوطِ كَتَأْخِيرِ

وأمكن حمله على الفسخ؛ لأن الموصي ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والإجارة إذا جحد أحد المتعاقدين؛ لأن هناك حمله على الفسخ؛ لأن أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد.

بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الأصل بأن قال: لم أتزوجكِ؛ لأن هناك تعذر حمله على الفسخ أيضًا؛ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ، ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق، إذ لا مشابهة؛ لأن الجحود ينفي العقد، والطلاق يقطع العقد ولا ينفي، وبعد إثبات الطلاق بطريق الإضمار؛ لأن نية الإضمار إنما تصح لو صرح به يستقيم، ولو صرح بالطلاق فقال: لم أتزوجكِ لأني طلقتك لم يصح، بخلاف قوله: لا نكاح بيني وبينك، أو لَستِ لي بامرأة، أو ما أنا بزوجكِ، ونوى الطلاق على قول أبي حنيفة؛ لأن هناك أمكن إضمار الطلاق.

ألا ترى أنه لو صرح فقال: لا نكاح بيني وبينك، أو [قال][1]: لستِ بامرأتي؛ لأني طلقتك، فكذا إذا أضمر، إليه أشار في الذخيرة، والمبسوط.

وإذا كان ثابتًا في الحال كان الجحود لغوًا، وذلك لأن الجحود لما كان نفيًا في الماضي والانتفاء في الحال ضروري، فيكون النفي في الماضي متضمنًا للانتفاء في الحال، فمهما كان كاذبًا في النفي لم يثبت المتضمن، فيبقى الحق ثابتًا في الحال.

قوله: (ولو قال أخرتها).

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الدَّيْنِ (بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ: تَرَكْتُ) لِأَنَّهُ إسْقَاطٌ (وَلَوْ قَالَ: العَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ، كَانَ رُجُوعًا) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ (بِخِلَافِ مَا إذَا أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ، ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِآخَرَ) لِأَنَّ المَحِلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ، وَاللَّفْظَ صَالِحٌ لَهَا (وَكَذَا إذَا قَالَ: فَهُوَ لِفُلَانٍ وَارِثِي، يَكُونُ رُجُوعًا عَنِ الأَوَّلِ) لِمَا بَيَّنَّا، وَيَكُونُ وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ (وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ الآخَرُ مَيْتًا حِينَ أَوْصَى، فَالوَصِيَّةُ الأُولَى عَلَى حَالِهَا) لِأَنَّ الوَصِيَّةَ الأُولَى إنَّمَا تَبْطُلُ ضَرُورَةَ كَوْنِهَا لِلثَّانِي، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ، فَبَقِيَ لِلْأَوَّلِ (وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ حِينَ قَالَ ذَلِكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ المُوصِي، فَهِيَ لِلْوَرَثَةِ) لِبُطْلَانِ الوَصِيَّتَيْنِ الأُولَى بِالرُّجُوعِ، وَالثَّانِيَةِ بِالمَوْتِ.

بَابُ الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ

إلى قوله: (وقد ذكرنا حكمه) لا يعلم فيه خلاف في هذا المجموع.

قوله: (لأن اللفظ يدل على قطع) وإثبات بتخصيص العبد لفلان، فلما قال هو لفلان كان رجوعًا؛ لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك.

وقوله: (وقد ذكرنا حكمه) إشارة إلى قوله: (وهو أن الورثة بالخيار إن شاؤوا أجازوا وإن شاؤوا ردّوا).

قوله: (فهي للورثة) أي لورثة الموصي لا لفلان ولا لورثته لبطلان الوصيتين؛ لأنه لما أثبت للثاني كان رجوعًا عن الأول فبطلت الوصية في حق الأول، وصحت في حق الثاني، ثم بطلت لموته قبل موت الموصي، كذا في الإيضاح.

ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهو لعقب زيد، ومات زيد قبل الموصي وله عقب ثم مات الموصى له، فهو لعقب زيد ويكون رجوعًا.

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِثُلُثِ الْمَالِ

لما ذكر الوصية ومسائلها ومراد الوصية عند عدم الإجازة على الثلث عقب مسائل الوصية بالثلث.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلِآخَرَ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ، فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ يَضِيقُ الثُّلُثُ عَنْ حَقِّهِمَا، إِذْ لَا يُزَادُ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ الإِجَازَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ: وَقَدْ تَسَاوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَالمَحِلُّ يَقْبَلُ الشَّرِكَةَ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا (وَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ، وَلِلْآخَرِ بِالسُّدُسِ، فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا يُدْلِي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ، وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْ حَقَّيْهِمَا فَيَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا كَمَا فِي أَصْحَابِ الدُّيُونِ، فَيُجْعَلُ الأَقَلُّ سَهْمًا، وَالأَكْثَرُ سَهْمَيْنِ، فَصَارَ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ، سَهْمٌ لِصَاحِبِ الأَقَلِّ، وَسَهْمَانِ لِصَاحِبِ الأَكْثَرِ (وَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ، وَلِلْآخَرِ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ، فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهُمٍ عِنْدَهُمَا، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَلَا يَضْرِبُ أَبُو

قوله: (تَساوَيَا في سبب الاستحقاق) وهو الإيصاء بالثلث وبقوله: (والمحل يقبل الشركة) يحترز عما قبيل الباب.

(ولو قال العبد الذي أوصيت) إلى آخره، وعما لو أقام رجلان بينة على نكاح امرأة واحدة حيث لا يقضى لهما؛ لأن المحل لا يقبل الشركة ولا لواحد منهما أيضًا؛ لعدم الأولية، وكذا لو أقاما بينة على غير معين في يد فلان أنه رهن لهما تبطل البينتان لما ذكرنا.

قوله: (يدلي بسبب صحيح) في المُغرِب: أدليت الدلو في البئر: أرسلتها فيها، ومنه: أدلى بالحجة: أحضرها.

قوله: (فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما) إلى آخره، وكذا الخلاف لو أوصى لأحدهما بنصف ماله، ولآخر بربع ماله.

فالحاصل: أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يضرب الموصى له عند عدم الإجازة بأكثر من الثلث، وبه قال أبو ثور، وابن المنذر.

وعند أبي يوسف، ومحمد: يضربون بقدر سهامهم في الثلث عند عدم الإجازة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، والحسن، والثوري، والنخعي، وابن أبي ليلى، وإسحاق، إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة.

فإن عند أبي حنيفة في المسائل الثلاثة يضربون بقدر سهامهم كما قالا،

حَنِيفَةَ لِلْمُوصَى لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ، إِلَّا فِي المُحَابَاةِ وَالسِّعَايَةِ وَالدَّرَاهِمِ المُرْسَلَةِ(*) لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ: أَنَّ المُوصِي قَصَدَ شَيْئَيْنِ، الِاسْتِحْقَاقَ وَالتَّفْضِيلَ، وَامْتَنَعَ الِاسْتِحْقَاقُ لِحَقِّ الوَرَثَةِ وَلَا مَانِعَ مِن التَّفْضِيلِ، فَيَثْبُتُ كَمَا فِي المُحَابَاةِ وَأُخْتَيْهَا.

وَلَهُ: أَنَّ الوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِغَيْرِ المَشْرُوعِ عِنْدَ عَدَمِ الإِجَازَةِ مِن الوَرَثَةِ، إِذْ لَا نَفَاذَ لَهَا بِحَالٍ، فَيَبْطُلُ أَصْلًا، وَالتَّفْضِيلُ يَثْبُتُ فِي ضِمْنِ الِاسْتِحْقَاقِ فَبَطَلَ بِبُطْلَانِهِ

وأجمعوا على أن الوصايا إذا كانت لكل واحد لا تزيد على [٢/ ٥٢٣/أ] الثلث، بأن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بسدسه لا يقسم الثلث بينهما على السواء، بل على قدر حقهما كما في الديون، فيجعل الأول سهما، فصارت ثلاثة أسهم، سهم لصاحب الأصل، وسهمان لصاحب الأكثر.

ثم صورة المحاباة: أن يكون له عبدان، قيمة أحدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ستمائة، وأوصى بأن يباع واحد منهما بمائة، والآخر لفلان آخر بمائة، فهاهنا حصلت المحاباة لأحدهما ألف ولآخر بخمسمائة، وذلك كله وصية؛ لأنه في حال المرض.

فإن لم يكن له مال غيرهما، ولم يجز الورثة، صارت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثًا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة، فلو كان كسائر الوصايا عنده وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف أكثر من خمسمائة.

وصورة السعاية: هو أن يوصي بعتق عبديه، قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة يعتقان جميعًا، وإن لم يجيزوا يعتقان من الثلث، وثلث ماله ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان فيعتق منه بقدر ثلث الألف، ويسعى في الباقي، والثلث للذي قيمته ألف فيعتق منه بقدر ثلث الألف ويسعى في الباقي.

وصورة الدراهم المرسلة أي: المطلقة بأن أوصاه بشيء بعينه، ولم ينسبه

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

كَالْمُحَابَاةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ البَيْعِ، بِخِلَافِ مَوَاضِعِ الإِجْمَاعِ، لِأَنَّ لَهَا نَفَاذًا فِي

إلى جزء من المال، هي أن يوصي لرجل بألف، ولآخر بألفين، وثلث ماله ألف، ولم يجز الورثة، فإنه يكون بينهما أثلاثا، كل واحد يضرب جميع وصيته؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث؛ ولا كذلك فيما إذا أوصى له بثلث ماله، ولآخر بنصف ماله أو بجميع ماله؛ لأن اللفظ من مخرجه لم يصح؛ لأن ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث، كذا في شرح الطحاوي.

قوله: (كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع) أي: تبطل المحاباة ببطلان البيع وتصح بصحته.

قوله: (بخلاف مواضع الإجماع)؛ لأنه لم يظهر أن التصرف لم يصادف محله؛ لأن حق الورثة في أعيان التركة دون الدراهم المرسلة، والوصية بالسعاية كالوصية بالدراهم المرسلة، وكذا بالمحاباة لأنه وصية بالثمن، فصار بمنزلة المرسل، ويتصور تنصف الكل بدون إجازة الورثة، بأن يكثر مال الميت بخلاف مواضع الخلاف، بأن ماله كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث.

فإن قيل: هذا فاسد، والخلاف ثابت فيما إذا أوصى بعبد بعينه لإنسان قيمته ألف، وبعبد بعينه لآخر قيمته ألفان، ولا مال له غيرهما، وهنا يتصور تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة، بأن يكثر مال الميت فيخرج العبد من ثلثه.

قلنا: نعم، ولكن وصيتهما بعين التركة، وعين التركة حق الورثة، فكانت الوصية واقعة في حق الورثة.

ألا ترى أنه لا يصح إلا بعد قيام ملكه في العين عند الوصية، وتبطل بهلاكها، وإن استفاد مالًا آخر بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة؛ لأنها صحيحة، وإن لم يكن في ملكه مال عند الوصية، ولو هلكت التركة ينفذ فيما استفاد من المال، فلم تكن متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة.

وأما في صورة الإعتاق والمحاباة يتعلق حق الموصى له بالعين ضمنا

الْجُمْلَةِ بِدُونِ إِجَازَةِ الوَرَثَةِ، بِأَنْ كَانَ فِي الـمَالِ سَعَةٌ فَتُعْتَبَرُ فِي التَّفَاضُلِ لِكَوْنِهِ مَشْرُوعًا فِي الجُمْلَةِ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ.

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِعَيْنٍ مِن تَرِكَتِهِ، وَقِيمَتُهُ تَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ، فَإِنَّهُ يَضْرِبُ بِالثُّلُثِ، وَإِن احْتَمَلَ أَنْ يَزِيدَ المَالُ، فَيَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ، لِأَنَّ هُنَاكَ الحَقُّ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ وَاسْتَفَادَ مَالًا آخَرَ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ، وَفِي الأَلْفِ المُرْسَلَةِ لَوْ هَلَكَت التَّرِكَةُ تَنْفُذُ فِيمَا يُسْتَفَادُ، فَلَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بِعَيْنِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الوَرَثَةِ. قَالَ: (وَإِذَا أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ، فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ، جَازَ) لِأَنَّ الأَوَّلَ وَصِيَّةٌ بِمَالِ الغَيْرِ، لِأَنَّ نَصِيبَ الِابْنِ مَا يُصِيبُهُ بَعْدَ المَوْتِ، وَالثَّانِيَ وَصِيَّةٌ بِمِثْلِ نَصِيبِ الِابْنِ، وَمِثْلُ الشَّيْءِ غَيْرُهُ، وَإِنْ كَانَ يَتَقَدَّرُ بِهِ، فَيَجُوزُ، وَقَالَ زُفَرُ: يَجُوزُ فِي

للإعتاق والبيع لا قصدًا، ولأن العين بالبيع والإعتاق لا تبقى في ملك الورثة حتى يتعلق حقهم في العين.

قوله: (فالوصية باطلة)، وبه قال أصحاب الشافعي، وأحمد، ولو قال بمثل نصيب ابن أو بنت أو وارث جاز.

وقال زفر: جازت الوصية في الوجهين، وبه قال مالك، وأحمد في رواية، وبعض أصحاب الشافعي، وابن أبي ليلى، واللؤلؤي، وأهل البصرة، وداود.

وفي النهاية: إنما تبطل الوصية في الصورة الأولى إذا كان الابن أو الابنة موجودًا؛ لأن نصيبهما ثبت بنص الكتاب، فقد أراد تغيير ما فرض الله تعالى، فلا يصح.

أما إذا لم يكن له ابن ولا ابنة فإنه تصح الوصية؛ لأنه ليس فيه تغيير ما فرض الله تعالى في كتابه، أما في الوصية بمثل نصيب ابن جازت الوصية سواء كان له ابن أو لا.

قوله: (لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) فكان فيه تغيير ما فرض الله تعالى، فصار كأنه أوصى له بمال زيد.

(فينظر) أي: زفر **(إلى الحال)** [٢/٥٢٣/ب] أي: إلى الحال التي هو حيٌّ فيها بعد والكل ماله، فيتصرف في ماله كيف شاء.

وجوابه ما قلنا، وهو قوله: **(لأن الأول وصية بمال الغير)**.

الأَوَّلِ أَيْضًا، فَيُنْظَرُ إِلَى الحَالِ، وَالكُلُّ مَالُهُ فِيهِ، وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِن مَالِهِ، فَلَهُ أَخَسُّ سِهَامِ الوَرَثَةِ، إِلَّا أَنْ يَنْقُصَ عَنِ السُّدُسِ، فَيَتِمَّ لَهُ السُّدُسُ، وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهُ مِثْلُ

وفي المغني لابن قدامة الحنبلي: يمكن تصحيح وصيته بأن يحمل لفظه على مجازه، بأن أقام المضاف إليه مقام المضاف أي: بمثل نصيب ابنه حملًا لكلامه على المجاز صيانة عن الإلغاء، وتنفيذ الوصية لكونها أنفع تلافيًا لما فرط، فصارت المسألة الأولى كالثانية، ولكلامه وجه، وما وجدت له دافعًا في الكتب.

قوله: (ومن أوصى بسهم ماله فله أخسُّ سهام الورثة) أي: ما لم يزِد على السدس فإذا أراد دفع إليه السدس، وبه قال أحمد في رواية، ومالك في قول.

وقال بعض أصحاب مالك: يعطى له الثمن؛ لأنه أقل له أكثر من السدس من سهم من سهام الفريضة؛ لأن السدس أول السهم في الأصول.

وقال أحمد في رواية: يعطى له سهم مما تصح منه الفريضة، وهذا قول شريح؛ لأن قوله: سهم ينصرف إلى سهام الفريضة، فينصرف السهم إليها فكان واحدًا من سهامها، وهو قول أبي يوسف، ومحمد، لكن لا يزاد على الثلث.

وقال الشافعي، وابن المنذر: يعطيه الورثة ما شاؤوا؛ لأن ذلك يقع عليه اسم السهم، كما لو أوصى بجزء أو حظ، والمراد بأخس الأنصباء أقلها.

قوله: (إلا أن ينقص عن السدس فيتمم له السدس ولا يزاد عليه) أي: على السدس، يعني يكون له السدس.

وعن هذا قال في المبسوط: إلا أن يكون أخس السهام أكثر من السدس، لا يزاد على قول أبي حنيفة، وقال في موضع آخر: له السدس.

ثم اعلم أن في نسخ الجامع الصغير والمبسوط لم يذكر قوله: إلا أن ينقص عن الثلث فيتمم له، بل قال فيها: فله أخس سهام الورثة ولا يزاد على السدس إلا أن يجيزه الوارث، فكذا في غيره.

فعلى رواية شروح الجامع ينقص عن السدس ولا يزاد على السدس، فعلم

نَصِيبِ أَحَدِ الوَرَثَةِ، وَلَا يُزَادُ عَلَى الثُّلُثِ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الوَرَثَةُ) لِأَنَّ السَّهْمَ يُرَادُ بِهِ أَحَدُ سِهَامِ الوَرَثَةِ عُرْفًا لَا سِيَّمَا فِي الوَصِيَّةِ، وَالأَقَلُّ مُتَيَقَّنٌ بِهِ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ، إِلَّا إِذَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ إِجَازَةِ الوَرَثَةِ.

وَلَهُ: أَنَّ السَّهْمَ هُوَ السُّدُسُ، هُوَ المَرْوِيُّ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ ﷺ، وَقَدْ رَفَعَهُ إِلَى

أن هذا سهو وقع من الكاتب، وجعل حكم الأصل حكم الجامع.

وعن هذا ألحق بهذا الموضع الإمام جلال الدين بن المصنف قوله: وفي رواية إلا أن يزيد على السدس، فيكون له السدس.

والمراد بقولهما: فله نصيب أحد الورثة الأقل من الأنصباء، ولكن لا يزاد على الثلث، بل يعطى الثلث ويزاد على السدس.

وقد صرح بهذا الإمام قاضي خان حيث قال: وقال أبو يوسف، ومحمد: له أخس سهام الورثة إلا أن يكون ذلك أكثر من الثلث، ويدل عليه قولهما: لكن الأول متيقن إلى آخره.

صورتها: أوصت امرأة بسهم من مالها ثم ماتت، وتركت زوجًا وبنتًا، يعطى له السدس في قول أبي حنيفة، وعندهما: يعطى له الربع.

قال صاحب المجتبى: والفرق بين رواية الجامع الصغير ورواية هذا الكتاب أن على رواية هذا الكتاب إذا نقص أحسن سهام الورثة عن السدس يعطى له تمام السدس، ولم يتعرض بما يكون أكثر من السدس، لكن تعليل الشارحين له بأسهم ينفي ذلك، وعلى رواية الجامع يعطى له أحسن سهام الورثة، ولا يبلغ السدس، وإذا كان أكثر من السدس لا تعطى له الزيادة إلا بإجازة الورثة.

وقد فسرا هذا في شرح قاضي خان فقال: عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، في رواية: له أحسَن سهام الورثة ولا يزاد على الثلث، وفي رواية: أخس سهامهم إلا أن ينقص من السدس فيتمم له السدس.

قلت: وفيها دقيقة لا بد من معرفتها، وهو أنه إذا أوصى بسهم، وأخس سهام الورثة الثمن أو الربع لا يعطى له تمام الثمن، فيزاد فيه تسع أو مثل الربع

النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِيمَا يُرْوَى، وَلِأَنَّهُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ السُّدُسُ، فَإِنَّ إِيَاسًا قَالَ: السَّهْمُ فِي اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عَنِ السُّدُسِ، وَيُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ سَهْمٌ مِن سِهَامِ الوَرَثَةِ فَيُعْطَى مَا ذَكَرْنَا، قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي عُرْفِهِمْ، وَفِي عُرْفِنَا السَّهْمُ كَالجُزْءِ.

فيعطى الخمس، حتى لو ترك ابنًا وزوجة فللموصى له مثل نصيب الزوجة، فيزاد سهم على ثمانية فتكون وصيته التسع.

قال النسفي: وهذا بالإجماع، ولو تركت الموصية ابنًا وزوجًا، فللموصى له مثل نصيب الزوج فيزاد سهم على أربعة فتكون وصيته الخمس، وعنده السدس؛ لأنه أقل من السدس فله السدس، ويقسم الباقي بين الابن والزوج أرباعًا، كذا ذكر في شرح الطحاوي.

وفي الكافي: فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة رحمه الله النقصان من السدس، فلم يجز الزيادة على السدس، وعلى رواية الجامع [٢/ ٥٢٤/أ] جوز الزيادة على السدس، ولم يجوز النقصان عن السدس.

قوله: (كان إياسًا) هو إياس بن معاوية بن قرة القاضي بالبصرة، وهكذا قال الحسن، والثوري.

يوضحه ما ذكر في المبسوط: أن أعدل الأعداد في خروج سهام الفرائض ستة، فإنها تشتمل على ما يستحق من السهام بالقرابة الأصلية كالسدس، والثلث، والنصف، والثلثين، وأقله السدس، ولذلك صار هو مرادًا؛ لأنه لما ذكر اسم السهم لا الثلث علمنا أنه ما أراد الثلث ولا النصف؛ لأنه ليس له أن يوصي بالنصف فيتعين السدس.

وقد روي [أن][١] ابن مسعود سئل عمن أوصى بسهم من ماله، فقال: له السدس.

وروي أن رجلًا أوصى بسهم من ماله، فقال عليه الصلاة والسلام في ذلك بالسدس.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِن مَالِهِ، قِيلَ لِلْوَرَثَةِ: أَعْطُوهُ مَا شِئْتُمْ) لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ يَتَنَاوَلُ القَلِيلَ وَالكَثِيرَ، غَيْرَ أَنَّ الجَهَالَةَ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الوَصِيَّةِ، وَالوَرَثَةُ قَائِمُونَ مُقَامَ المُوصِي فَإِلَيْهِمْ البَيَانُ.

قَالَ (وَمَنْ قَالَ: سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ، ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ المَجْلِسِ، أَوْ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ: لَهُ ثُلُثُ مَالِي، وَأَجَازَتِ الوَرَثَةُ، فَلَهُ ثُلُثُ المَالِ، وَيَدْخُلُ السُّدُسُ فِيهِ، وَمَنْ قَالَ: سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ، ثُمَّ قَالَ فِي ذَلِكَ المَجْلِسِ أَوْ فِي غَيْرِهِ، سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ، فَلَهُ سُدُسٌ وَاحِدٌ) لِأَنَّ السُّدُسَ ذُكِرَ مُعَرَّفًا بِالإِضَافَةِ إِلَى المَالِ، وَالمَعْرِفَةُ إِذَا أُعِيدَتْ يُرَادُ بِالثَّانِي عَيْنَ الأَوَّلِ، هُوَ المَعْهُودُ فِي اللُّغَةِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ دَرَاهِمِهِ، أَوْ بِثُلُثِ غَنَمِهِ، فَهَلَكَ ثُلُثَا ذَلِكَ وَبَقِيَ ثُلُثُهُ، وَهُوَ يَخْرُجُ مِن ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِن مَالِهِ، فَلَهُ جَمِيعُ مَا بَقِيَ) وَقَالَ زُفَرُ: لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ(*)، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ، وَالمَالُ المُشْتَرَكُ يُتْوَى مَا تُوِيَ مِنْهُ عَلَى

قوله: (فلو أوصى بجزء من ماله) أو بحظ أو نصيب أو شيء من ماله أعطاه الورثة ما شاؤوا ولا يعلم فيه خلاف، وكذا لو قال: أعطوا فلانًا من مالي أو ارزقوه؛ لأن ذلك لا حد له في اللغة، ولا في الشرع فكان على إطلاقه.

قوله: (ويدخل السدس فيه) أي: في الثلث؛ لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأقل حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث على السدس، فيجعل كلامه في السدس تكرارًا حملًا لكلامه على المتيقن، وعلى ما يملك الإيصاء به، وهو الثلث.

وقيل: إنما قال: وأجازت الورثة لدفع وهم، وهو أن يقال: ينبغي أن يعطى الموصى له نصف المال؛ لأن الثلث مع السدس نصف المال، وفيه نوع تأمل.

قوله: (هو المعهود في اللغة) كون الثاني عين الأول معلوم في استعمال أهل اللغة، يقال: جاءني زيد، ثم يقال: أكرمت زيدًا أي: ذلك بعينه، كذا ذكره البزدوي.

ولكن قال: وفيه نظر، وهذا البحث بتمامه مذكور في بيان الوصول في

(*) الراجح: قول زفر.

الشَّرِكَةِ، وَيَبْقى مَا بَقِيَ عَلَيْهَا، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَت التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً. وَلَنَا: أَنَّ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ يُمْكِنُ جَمِيعُ حَقِّ أَحَدِهِمْ فِي الوَاحِدِ، وَلِهَذَا يَجْرِي فِيهِ الجَبْرُ عَلَى القِسْمَةِ وَفِيهِ جَمْعٌ، وَالوَصِيَّةُ مُقَدَّمَةٌ، فَجَمَعْنَاهَا فِي الوَاحِدِ البَاقِي وَصَارَت الدَّرَاهِمُ كَالدِّرْهَمِ، ....

شرح البزدوي.

قوله: (يمكن جميع حق أحدهم في الواحد) يعني يمكن جمع حق شائع لكل واحد.

قوله: (وصارت الدراهم كالدرهم) أي: صارت ثلث الدراهم كالدرهم.

بيانه أنه لو أوصى بدرهم، وله ثلاثة دراهم، فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث، فإنه ينفذ وصيته من الدراهم الباقي كذا هنا، كذا ذكره البزدوي.

وفي المبسوط: القياس قول زفر، والاستحسان قولنا، والحكم في الهلاك والاستحقاق على السواء، وبقولنا قال الشافعي، وأحمد، وبقول زفر قال أبو ثور، وابن سريج من أصحاب الشافعي، وهو قياس قول مالك، لا يعتبر قدر المال حال الوصية لا الموت. وفي جامع المحبوبي: في الفِرَق.

والحاصل: أن كل ما يحتمل القسمة ويقسم قسمة واحدة فللموصى له الباقي كما في الأقسام الثلاثة، والدراهم [الثلاثة][(١)]، والثياب الثلاثة[(٢)]، من صنف واحد، وكل ما لا يحتمل القسمة ولا يقسم قسمة واحدة بل يقسم كل جنس على حدة كالعبيد، والدور، والأثواب المختلفة، كالهروي، والمروي، والقوهي، فله ثلث الباقي.

والفرق [أن][(٣)] حق الموصى له مقدم في التنفيذ على حق الورثة إذا كانت الوصية معينة لحق الغريم في التركة، فكان حقه كالأصل، وحق الوارث كالتبع.

---

(١) مثبتة من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (الرابعة) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) مثبتة من النسخة الثانية.

بِخِلَافِ الأَجْنَاسِ المُخْتَلِفَةِ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الجَمْعُ فِيهَا جَبْرًا، فَكَذَا تَقْدِيمًا.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ ثِيَابِهِ فَهَلَكَ ثُلُثَاهَا، وَبَقِيَ ثُلُثُهَا، وَهُوَ يَخْرُجُ مِن ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِن مَالِهِ، لَمْ يَسْتَحِقَّ إِلَّا ثُلُثَ مَا بَقِيَ مِن الثِّيَابِ)، قَالُوا: هَذَا إِذَا كَانَتْ الثِّيَابُ مِن أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَلَوْ كَانَتْ مِن جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّرَاهِمِ، وَكَذَلِكَ المَكِيلُ وَالمَوْزُونُ بِمَنْزِلَتِهَا، لِأَنَّهُ يَجْرِي فِيهِ الجَمْعُ جَبْرًا بِالقِسْمَةِ (وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ ثَلَاثَةٍ مِن رَقِيقِهِ، فَمَاتَ اثْنَانِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ثُلُثُ البَاقِي، وَكَذَا الدُّورُ المُخْتَلِفَةُ) وَقِيلَ: هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَحْدَهُ، لِأَنَّهُ لَا يَرَى الجَبْرَ عَلَى القِسْمَةِ فِيهَا. وَقِيلَ: هُوَ قَوْلُ الكُلِّ، ....

والأصل: أن المال إذا اشتمل على أصل وتبع إذا هلك شيء منه يجعل الهالك من التابع، كما في مال المضاربة يصرف الهلاك إلى التبع، وهو الربح، فهاهنا يصرف هلاك الدرهمين إلى نصيب الوارث الذي هو تبع؛ لما أن الدراهم من القبيل الذي يحتمل القسمة، ولما صرف الهلاك إلى نصيب الوارث بقي الدرهم الباقي حقًّا للموصى له فيأخذه.

بخلاف العبد والدور والأثواب المختلفة؛ لأنها لا تنقسم قسمة واحدة حتى لو طلب بعض الشركاء قسمة العبيد الثلاث من القاضي وأبى الباقون، ليس للقاضي جبرهم على القسمة؛ لأن الغرض الانتفاع، فلا بد من الإجبار على القسمة.

وكذلك العبد متعذر؛ لما فيها من التفاوت العظيم في المنفعة، وإذا لم تجز فيها القسمة تعذر صرف الهلاك إلى نصيب الورثة، وجعل الباقي للموصى له لأن ذلك نوع قسمة، وإذا تعذر تحقق القسمة من هذا الوجه بقي الكل مشتركًا بين الورثة والموصى له أثلاثًا، فما هلك يهلك على الشركة، وما بقي يبقى على الشركة أثلاثًا، فكان للموصى له ثلث العبيد الباقي.

قوله: (وقيل هو قول الكل) أي: بهذا الحكم، وهو أنه لم يكن للموصى له إلا ثلث الباقي [٢/ ٥٢٤/ب] قول الكل؛ لأن عندهما هذا بيان الفرق على

لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لِلْقَاضِي أَنْ يَجْتَهِدَ وَيَجْمَعَ وَبِدُونِ ذَلِكَ يَتَعَذَّرُ الجَمْعُ، وَالأَوَّلُ أَشْبَهُ لِلْفِقْهِ المَذْكُورِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ، فَإِنْ خَرَجَ الأَلْفُ مِن ثُلُثِ العَيْنِ، دُفِعَ إِلَى المُوصَى لَهُ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ إِيفَاءُ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ مِن غَيْرِ بَخْسٍ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ، دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ العَيْنِ، وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِن الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ، لِأَنَّ المُوصَى لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ، وَفِي تَخْصِيصِهِ

قولهما: أن في هذا ثلث الباقي مع جريان قسمة الجبر في الدور المختلفة[(١)]، وكذا في العبيد فقالا: جمع الأنصباء في القسمة بفعل القاضي واجتهاده، وفي الهلاك لا فعل من القاضي، فلا يثبت الجمع، وبقي المال كله مشتركًا.

قوله: ([والأول][(٢)] **أشبه**) وهو أن في المسألة اختلافًا (**للفقه المذكور**) وعذرهما ليس بشيء؛ لما أن في الأجناس المتحدة إنما جمعنا [الأنصباء][(٣)] للإمكان، [والإمكان][(٤)] بالجبر على القسمة، فكذلك هاهنا.

عندهما: ينبغي أن يجمع الأنصباء كما في المسألة الأولى؛ لإمكان الجبر على القسمة.

قوله: (**وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه**) ولا يعلم فيه خلاف.

فإن قيل: ينبغي أن لا يستحق الموصى له من الدين؛ لأن وصيته بألف هو مال، والدين ليس بمال، ولهذا لو حلف لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث، فإذا لم يثبت حقه في الدين كيف يأخذ ثلث ما خرج منه؟

قلنا: الدين بعد الخروج مال، والموصى له شريك للورثة في مال الموصي، وثبوت حقه بعد الخروج، وإن لم يكن قبل الخروج غير محال.

ألا ترى أن الموصى له بالثلث لا يثبت حقه في القصاص، وإذا انقلب

---

(١) في الأصل: (المتخلفة) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

بِالعَيْنِ بَخْسٌ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ، لِأَنَّ لِلْعَيْنِ فَضْلًا عَنِ الدَّيْنِ، وَلِأَنَّ الدَّيْنَ لَيْسَ بِمَالٍ فِي مُطْلَقِ الحَالِ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ، فَإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو بِثُلُثِ مَالِهِ، فَإِذَا عَمْرٌو مَيِّتٌ، فَالثُّلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ)

القصاص مالًا يثبت حقه؛ لأنه مال الميت، فكذا الدين بعد الخروج، إليه أشار في المبسوط.

أما مسألة اليمين فمبنية على العرف.

قوله: (**ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال**) أي: في كل الأحوال بدليل مسألة اليمين، وإنما يعتدل النظر من الجانبين فيما ذكرناه، وهو أن يكون الموصى له شريكًا للورثة لا أن يكون الموصى له مخصوصًا بالعين، ولا يعلم فيه خلاف.

فإن قيل: لو كان الموصى له شريكًا للورثة في مال الميت مطلقًا، ينبغي أن يجب على الوارث حصة الموصى له فيما إذا أوصى له بشيء معين، وهو يخرج من الثلث، فهلك المعين حيث لا يجب شيء.

قلنا: قال في شرح الطحاوي: الوصية على ثلاثة أنواع:

في نوع يكون الموصى له كالمودع، والموصى به كالوديعة، وهو فيما ذكرنا بأن تكون الوصية بشيء معين وتخرج من الثلث، فإذا هلك فلا ضمان عليه كالوديعة.

وفي نوع يكون الموصى له كالغريم، وهو فيما إذا أوصى له بدراهم من سكة، فإنه يعطى الموصى له بثلث الدراهم إن كان حاضرًا، وإلا تباع تركته، ويعطى تلك الدراهم وصار هذا كالدين.

وفي ونوع يكون كالشريك للورثة، وهو ما إذا أوصى له بثلث ماله، أو بربعه فتكون التركة مشتركة بينهما، فما هلك يهلك بالحساب، وما بقي بقي بالحساب.

قوله: (**فالثلث كله لزيد**) سواء علم موت عمرو أو لا، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد، وإسحاق، والبصريون.

لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ، فَلَا يُزَاحِمُ الحَيَّ الَّذِي هُوَ مِن أَهْلِهَا، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ وَجِدَارٍ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ عِنْدَهُ صَحِيحَةٌ لِعَمْرٍو، فَلَمْ يَرْضَ لِلْحَيِّ إِلَّا نِصْفَ الثُّلُثِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا

وفي الكافي: وكذا لو قال: لزيد ولعقب عمرو، أو لزيد ولولد بكر، ولا ولد له، أو مات ولده قبل موت الموصي، أو لزيد ولمن في هذا البيت، وليس فيه أحد، أو له ولمن افتقر من ولده، وفات شرطه عند موته فلزيد كله في هذه الصور؛ لأن المعدوم أو الميت لا يصلح مستحقًّا، فلم تثبت المزاحمة لزيد، وصار كما لو أوصى لزيد وجدار، وكذا العقب معدوم في الحال؛ لأن العقب من يعقبه بعد الموت.

وعن أبي يوسف: إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث: وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية، ومالك؛ لأنه إذا لم يعلم بموته فلم يرض للحي إلا بنصف الثلث، بخلاف ما لو علم بموته؛ لأن الوصية وقعت له لغوًا إلا على قول مالك، فإنه قال: لو علم بموته تصح الوصية، وتكون الوصية لورثته؛ لأن مقصوده من هذه الوصية إيصال النفع إلى ورثته، وقد مر.

(لأن الوصية [عنده])[1] أي: عند الموصي (**صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا نصف الثلث**).

وقلنا: استحقاق الحي لجميع الثلث بانعدام المزاحمة، وفي هذا لا فرق بين علمه بموته وجهله، بخلاف ما [لو][2] قال: بين فلان وفلان، وأحدهما ميت، فللآخر نصف الثلث؛ لأن كلمة بين تقتضي المناصفة، قال تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، والمراد المناصفة، بدليل قوله تعالى: ﴿لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾ [الشعراء: ١٥٥].

فإذا صرح بما يوجب المناصفة كان موجبًا لكل واحد نصف الثلث، كذا في المبسوط.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عَلِمَ بِمَوْتِهِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لِلْمَيِّتِ لَغْوٌ فَكَانَ رَاضِيًا بِكُلِّ الثُّلُثِ لِلْحَيِّ، وَإِنْ قَالَ: ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو، وَزَيْدٌ مَيِّتٌ، كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ، لِأَنَّ قَضِيَّةَ هَذَا اللَّفْظِ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الثُّلُثِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ: ثُلُثُ مَالِي لِزَيْدٍ وَسَكَتَ كَانَ لَهُ كُلُّ الثُّلُثِ، وَلَوْ قَالَ: ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ فُلَانٍ وَسَكَتَ لَمْ يَسْتَحِقَّ الثُّلُثَ.

وقال الثوري، والشافعي في قول: لا فرق بين قوله: بين فلان وفلان، وبين قوله: لفلان، في أن نصفها للحي.

وفي الكافي: لو قال: ثلث مالي بين زيد وبكر [٢/ ٥٢٥/أ] وهو ميت، أو: لزيد وبكر إن متُّ، وهو حي، أو: فقير، فمات وهو ميت، أو: غني، أو قال: لزيد ولبكر إن كان في البيت، ولم يكن فيه، أو: له ولولد بكر، فحدث له، أو كان فمات فحدث غيره، أو: له ولولد فلان إن افتقروا، فلم يفتقروا حتى مات الموصي، أو: له ولورثته، أو: لابني زيد، وله ابن واحد، ففي هذه الصور له نصف الثلث.

أما الأول فلأن كلمة بين توجب التنصيف كما قلنا، فلا يتكامل بعدم المزاحمة، بخلاف قوله: لفلان وفلان، فإن العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور، [والمذكور][(١)] وصية [بكل][(٢)] الثلث، والتنصيف بحكم المزاحمة، فإذا زالت المزاحمة يتكامل.

ألا ترى أن من قال: ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث، ولو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق.

وأما الثاني والثالث فلأن الوصية صحت لهما، وتثبت المزاحمة؛ لأن بكرًا معلوم، فيدخل تحت الوصية [وفوات][(٣)] الاستحقاق لفقد الشرط، فلا تتكامل وصية الآخر.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

....

وأما الرابع فلأن الولد غير معين، فيعتبر وجوده عند الموت، فكان الثلث بينه [وبين ولد بكر](١).

وأما الخامس فلأن الوصية صحت لهم، وإنما فات شرط الاستحقاق، فلا تتكامل وصية الآخر.

وأما السادس وهو أن يوصي [لأجنبي](٢) ولوارثه، فللأجنبي نصف الوصية، وبطلت الوصية للوارث، فلأن الوصية أضيفت إلى ما يملك، وإلى ما لا يملك، فتصح فيما يملك، وتبطل فيما لا يملك، بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت، حيث يكون الكل للحي؛ لأن الميت ليس من أهل الوصية، فلا يزاحم الحي، فكان الكل للحي.

وأما الوارث فمن أهل الوصية، حتى لو أجازت الورثة جازت، فيزاحم الأجنبي، وعلى هذا إذا أوصى لقاتل ولأجنبي، بخلاف ما لو أقر المريض لوارثه ولأجنبي بعين أو دين، فإنه باطل كله عند أبي حنيفة، وأبي يوسف بكل حال؛ لأن الوصية إنشاء تصرف، والشركة تثبت حكمًا له، فيصح في حق من يستحق منها، ولا يصح في حق من لا يستحق منها، ولا يلزم من بطلان بعض الحكم بطلان الإيجاب، كما إذا أوصى لرجلين، ورد أحدهما وقبله الآخر.

أما الإقرار فإخبار عن أمر كائن، وقد أخبر بوصف الشركة فيما مضى، فلو ثبت هذا الوصف يكون الوارث فيه شريكًا، وأنه ممتنع، ولو ثبت بدون هذا الوصف لثبت على خلاف ما أخبر، فيكون إلزامًا على المقر غير ما أقر به وهو باطل.

وأما السابع فلأن هذا الاسم لا ينطلق على الواحد، فكأنه قال: بين فلان وفلان، وأحدهما ميت، ولو قال: ثلث مالي بين بني زيد وبين بني بكر، وليس لأحدهما بنون، فكل الثلث لبني الآخر؛ لأنه جعل كل الثلث مشتركًا بين بني

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَا مَالَ لَهُ، وَاكْتَسَبَ مَالًا، اسْتَحَقَّ الْمُوصَى لَهُ ثُلُثَ مَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ) لِأَنَّ الوَصِيَّةَ عَقْدُ اسْتِخْلَافٍ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَيَثْبُتُ حُكْمُهُ بَعْدُ، فَيُشْتَرَطُ وُجُودُ المَالِ عِنْدَ المَوْتِ لَا قَبْلَهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ فَهَلَكَ ثُمَّ اكْتَسَبَ مَالًا لِمَا بَيَّنَّا.

زيد، حتى لو اقتصر عليه كان الثلث بينهم، فإذا لم تثبت المزاحمة كان كل الثلث بينهم، بخلاف قوله: بين بني فلان وفلان، لما مر.

قوله: (واكتسب مالًا) وفي بعض النسخ: (ثم اكتسب مالًا) استحق الموصى به ثلث ما يملكه عند الموت، وبه قال أحمد، والشافعي في قول.

وقال الشافعي في قول، ومالك: ما كان موجودًا عند الوصية يدخل لا عند الموت.

وفي النهاية: هذا إذا كان الموصى به غير معين، وهو شائع كالثلث والسدس، أما إذا كان معينًا في نوع من المال، فالحكم بخلافه.

وفي الذخيرة: حاصل هذا الفصل أن الموصى به إن كان معينًا يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية، حتى لو أوصى بعين لا يملكه ثم ملكه يومًا لا تصح الوصية.

ولو كان العين في ملك الموصي يوم الوصية، فالوصية تتعلق به، حتى لو هلك ذلك العين بطلت الوصية، ومتى كان الموصى [به][1] غير معين، وهو شائع في بعض التركة، فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم الوصية، وتتعلق الوصية به، ومتى كان الموصى به غير عين، وهو شائع في جميع التركة، يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم يموت الموصي.

بيان هذا الأصل من المسائل: أوصى بثلث ماله، وله مال فهلك، ثم اكتسب مالًا غيره، تتعلق الوصية بمال موجود يوم الموت، حتى لم تبطل بهلاك [مال][2] يوم الوصية؛ لأن الميت لما أوصى له بشيء غير معين هو شائع في

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) مثبتة من النسخة الثانية.

وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ غَنَمِهِ، فَهَلَكَ الغَنَمُ قَبْلَ مَوْتِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فِي الأَصْلِ، فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، لِمَا ذَكَرْنَا: أَنَّهُ إِيجَابٌ بَعْدَ المَوْتِ، فَيُعْتَبَرُ قِيَامُهُ حِينَئِذٍ، وَهَذِهِ الوَصِيَّةُ تَعَلَّقَتْ بِالعَيْنِ فَتَبْطُلُ بِفَوَاتِهِ عِنْدَ المَوْتِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ، فَاسْتَفَادَ ثُمَّ مَاتَ، فَالصَّحِيحُ: أَنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ، لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بِلَفْظِ المَالِ تَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِاسْمِ نَوْعِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ وُجُودَهُ قَبْلَ المَوْتِ فَضْلٌ، وَالمُعْتَبَرُ قِيَامُهُ عِنْدَ المَوْتِ؛ وَلَوْ قَالَ: لَهُ شَاةٌ مِن مَالِي، وَلَيْسَ لَهُ غَنَمٌ، يُعْطَى قِيمَةَ شَاةٍ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى المَالِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ الوَصِيَّةُ بِمَالِيَّةِ الشَّاةِ، إِذْ مَالِيَّتُهَا تُوجَدُ فِي مُطْلَقِ المَالِ، وَلَوْ أَوْصَى بِشَاةٍ وَلَمْ يُضِفْهُ إِلَى مَالِهِ وَلَا غَنَمَ، قِيلَ: لَا يَصِحّ، لِأَنَّ المُصَحِّحَ إِضَافَتُهُ إِلَى المَالِ وَبِدُونِهَا تُعْتَبَرُ صُورَةُ الشَّاةِ وَمَعْنَاهَا، وَقِيلَ: تَصِحُّ، لِأَنَّهُ لَمَّا ذَكَرَ الشَّاةَ وَلَيْسَ

جميع المال، جعله بمنزلة أحد الورثة؛ لأن الوارث هو الذي يثبت حقه في جميع المال شائعًا، والوارث إنما يرث مال المورث يوم الموت، لا ما كان موجودًا قبله، ولم يبق إلى يوم الموت.

قوله: (**أو لم يكن له غنم**) في الأصل ولا ملكه [٢/ ٥٢٥/ب] بعده بطلت الوصية.

وفي المبسوط: وكذلك العروض كلها لأنها خص بالإيجاب جنسًا من ماله، وليس لهذا التخصيص فائدة سوى أن يكون المستحق بعض ذلك الجنس، وإذا لم يوجد ذلك الجنس في ملكه، لم يجب شيء لانعدام المحل الذي أوجب الوصية فيه.

قوله: (**يُعطَى قيمة شاة**) أي: شاة وسط يعني لو لم تكن شاة يوم الوصية، أو كان وهلك، ولكن له مال عند الموت يعطى له قيمة شاة.

(**لأنه**) أي: الموصي (**لما أضاف الشاة إلى المال**)، وعيَّنه لا توجد في ماله، فعلم أن المراد ماليته.

قوله: (**ولم يضفه إلى ماله**) بأن قال: له، ولم يقل: من مالي.

(**وبدونها**) أي: بدون الإضافة إلى المال (**تعتبر صورة الشاة**) وهي منعدمة فلم تصح الوصية.

فِي مِلْكِهِ شَاةٌ عُلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الْمَالِيَّةُ؛ وَلَوْ قَالَ شَاةٌ مِن غَنَمِي وَلَا غَنَمَ لَهُ، فَالوَصِيَّة بَاطِلَةٌ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى الغَنَمِ عَلِمْنَا أَنَّ مُرَادَهُ عَيْنُ الشَّاةِ حَيْثُ جَعَلَهَا جُزْءًا مِن الغَنَمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَضَافَهُ إِلَى المَالِ وَعَلَى هَذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِن المَسَائِلِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ - وَهُنَّ ثَلَاثٌ - وَلِلْفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ، فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ مِن خَمْسَةِ أَسْهُمٍ) قَالَ ﵁: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَة وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ ﵀: أَنَّهُ يُقْسَمُ عَلَى سَبْعَةِ أَسْهُمٍ، لَهُنَّ ثَلَاثَةٌ، وَلِكُلِّ فَرِيقٍ سَهْمَانِ(*)، وَأَصْلُهُ: أَنَّ الوَصِيَّةَ لِأُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ جَائِزَةٌ، ....

قوله: (ولهذا[١] يخرج كثير من المسائل) فمن تلك المسائل ما ذكره في المبسوط: لو قال: بقفيز حنطة من مالي، أو بثوب من مالي، فإنه يصح الإيجاب، وإن لم [يكن][٢] ذلك في ماله، بخلاف ما لو قال: من حنطتي، أو من ثيابي، فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه، أو هلك قبل موته، فلا شيء للموصى له.

والفرق ما ذكرناه على هذا في كل عرض من ماله.

قوله: (وأصله) أي: أصل هذا الحكم المذكور (أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة) أي: استحسانا.

والقياس: أن لا يجوز؛ لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وبعد موت مولاها حال حلول العتق فيها، والعتق يحلها وهي أمة، فتستحق الوصية وهي أمة أيضًا، فتكون الوصية باطلة.

وجه الاستحسان: أن الظاهر من حال الموصي أن يقصد الإيصاء الصحيح لا الباطل، فتكون مضافة إلى ما بعد عتقها، بدلالة حال الموصي، كذا في الذخيرة.

وروي عن عمر أنه أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف درهم، وروي ذلك

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.
(١) في النسخة الثانية: (وعلى هذا).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالفُقَرَاءُ وَالمَسَاكِينُ جِنْسَانِ، ....

عن عمران بن[١] الحصين أيضًا، وهو قول الأئمة الثلاثة.

ثم في الوصية لعبده أو أمته أربعة أوجه إما أن أوصى لهما بدراهم مسماة، أو بمال مسمى نحو عرض، أو دابة وما أشبه ذلك، فإنه لا يجوز، وبه قال أكثر أهل العلم إلا مالك، وأحمد في رواية، حيث قالا: يجوز، ولو أوصى لهما بشيء من رقبتهما نحو الثلث أو الربع فإنه يصح؛ لما أن الوصية برقبة العبد كإعتاقه ثلث رقبته، والعبد أهل أن يملك رقبته فيصح، فيعتق [كالمدبر][٢].

أما هو ليس بأهل أن يملك مالًا آخر سوى رقبته قبل العتق، فلا تصح الوصية له بمال آخر، ولو أوصى لهما بثلث ماله يجوز، وبه قال مالك، وأحمد.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنه أوصى بمال يصير للورثة، فلم يصح كما [لو][٣] أوصى له بمعين.

ولنا أن ذلك بمنزلة الوصية بثلث رقبتهما؛ لأن رقبتهما من ماله، ولو أوصى لهما بألف أو ألفين مرسلًا من غير إشارة إلى شيء فلا رواية في هذا عن أصحابنا. لقائل أن يجعله من أعيان ماله، ولقائل أن يجعله بمنزلة الوصية بالثلث، كذا في الذخيرة.

قوله: (والفقراء والمساكين جنسان) بدليل عطف المساكين على الفقراء في القرآن، والعطف يقتضي المغايرة.

وفي المغني: في الأمالي: عن أبي يوسف ما يخالف هذا، فقال: لو أوصى بثلث ماله لفلان، وللفقراء والمساكين، فعلى قول أبي حنيفة الثلث بينهم على ثلاثة أسهم.

أما أنا فأجعل ثلث ماله سهمين، سهم لفلان، وسهم للفقراء والمساكين.

فأبو يوسف جعلهما جنسًا واحدًا.

---

(١) في الأصل: (عمر بسر) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَفَسَّرْنَاهُمَا فِي الزَّكَاةِ لِمُحَمَّدٍ ﷺ أَنَّ المَذْكُورَ لَفْظُ الجَمْعِ، وَأَدْنَاهُ فِي المِيرَاثِ اثْنَانِ، نَجِدُ ذَلِكَ فِي القُرْآنِ، ....

وعن أحمد في رواية مثل قول أبي حنيفة، وفي رواية: في لفظ الفقراء لا يجوز الاقتصار على أقل من ثلاثة؛ لأنه أقل الجمع، وهو قول الشافعي، كما في الزكاة.

أما لو أوصى لزيد والمساكين، نصفه لزيد، ونصفه للمساكين عندهما، وبه قال أحمد.

وعند محمد: لزيد ثلثه، وعند الشافعي: يكون كأحدهم، وعن بعض أصحابه وجهان: أحدهما كمذهبنا، والثاني لزيدٍ ربعُ الوصية؛ لأن أقل الجمع ثلاثة، فإذا انضم إليهم صاروا أربعة.

قوله: (**[وأدناه]**[١] **في الميراث اثنان**) قيد بقوله: (**في الميراث**) احترازًا عن فصل الزكاة، حيث هناك لفظ الجمع المُحَلَّى باللام ينصرف إلى الواحد بالاتفاق، ثم لفظ الجمع ينصرف إلى الاثنين في الميراث بالاتفاق، والوصية أخت الميراث؛ لما أنهما تمليك بعد الموت، فكان في الوصية منصرفًا إلى الاثنين أيضًا.

قوله: (**ذلك في القرآن**) قال تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النساء: ١١]، والمراد من الإخوة الاثنان فصاعدًا، والأم تحجب من الثلث إلى السدس بوجود الأخوين كما في الأكثر، وإذا دخل الألف واللام في الجمع بلا معهود تصير للجنس بلا خلاف بين [٢/٥٢٦/أ] أصحابنا، كما ذكره في الأصول، ومحمد يترك أصله هنا حيث اعتبر معنى الجمعية.

وجوابه عن وجهين: أحدهما في رواية الأصل عن محمد أنها باقية على ما كانت، والثاني أنه يتحمل في الميراث ما لا يتحمل في غيره، فلهذا لو أوصى بثمرة بستانه ولا ثمرة له صحت الوصية، وبثلث ماله ولا مال له واستفاد مالًا بعد الوصية تنفذ منه، فتكون الجهالة والتنكير في الميراث مُتَحمِّلة، كذا في

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

فَكَانَ مِن كُلِّ فَرِيقٍ اثْنَانِ وَأُمَّهَاتُ الأَوْلَادِ ثَلَاثٌ، فَلِهَذَا يُقْسَمُ عَلَى سَبْعَةٍ.

وَلَهُمَا: أَنَّ الجَمْعَ المُحَلَّى بِالأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الجِنْسُ، وَأَنَّهُ يَتَنَاوَلِ الأَدْنَى مَعَ احْتِمَالِ الكُلِّ، لَا سِيَّمَا عِنْدَ تَعَذُّرِ صَرْفِهِ إِلَى الكُلِّ، فَيُعْتَبَرُ مِن كُلِّ فَرِيقٍ وَاحِدٌ، فَبَلَغَ الحِسَابُ خَمْسَةً، وَالثَّلَاثَةُ لِلثَّلَاثِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى بِثُلُثِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ، فَنِصْفُهُ لِفُلَانٍ وَنِصْفُهُ لِلْمَسَاكِينِ عِنْدَهُمَا) وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: ثُلُثُهُ لِفُلَانٍ، وَثُلُثَاهُ لِلْمَسَاكِينِ، وَلَوْ أَوْصَى لِلْمَسَاكِينِ لَهُ صَرْفُهُ إِلَى مِسْكِينٍ وَاحِدٍ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ لَا يُصْرَفُ إِلَّا إِلَى مِسْكِينَيْنِ، بِنَاءً عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ، وَلِآخَرَ بِمِائَةٍ، ثُمَّ قَالَ لِآخَرَ: قَدْ أَشْرَكْتُك مَعَهُمَا، فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ) لِأَنَّ الشَّرِكَةَ لِلْمُسَاوَاةِ لُغَةً، وَقَدْ أَمْكَنَ إِثْبَاتُهُ بَيْنَ الكُلِّ بِمَا قُلْنَاهُ لِاتِّحَادِ المَالِ، لِأَنَّهُ يُصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثَا مِائَةٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَرْبَعِمِائَةٍ، وَلِآخَرَ بِمِائَتَيْنِ، ثُمَّ كَانَ الإِشْرَاكُ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَحْقِيقُ المُسَاوَاةِ بَيْنَ الكُلِّ لِتَفَاوُتِ المَالَيْنِ، فَحَمَلْنَاهُ عَلَى مُسَاوَاتِهِ، كُلُّ وَاحِدٍ بِتَنْصِيفِ نَصِيبِهِ، عَمَلًا بِاللَّفْظِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ دَيْنٌ، فَصَدِّقُوهُ) مَعْنَاهُ: قَالَ ذَلِكَ لِوَرَثَتِهِ (فَإِنَّهُ

الفوائد الحميدية.

قوله: (ثم كان الإشراك) أي: قال لثالث: أشركتك معهما فيما أوصيت لهما، كان له النصف من كل واحد منهما فيما أوصى، ولو أوصى لأحدهما بجارية ولآخر بجارية أخرى، وقيمتهما سواء، ثم قال لآخر أشركتك معهما فله الثلث من كل واحدة منهما عندهما.

وعند أبي حنيفة: له من كل واحدة نصفها؛ لأنه لا يرى قسمة الرقيق، فصار كأنه أوصى بألف لهذا ثم أشرك ثالثًا معهما؛ كذا في جامع قاضي خان والمحبوبي.

قوله: (ومن قال لفلان عليَّ دين فصدقوه) إلى آخره، قال أصحابنا هذه المسألة فيها شبهة؛ لأنه لم يجعل هذا الإقرار كالدين ولا كالوصية، بل جعله

يُصَدَّقُ إِلَى الثُّلُثِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: لَا يُصَدَّقُ، لِأَنَّ الإِقْرَارَ بِالمَجْهُولِ وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا، لَكِنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِهِ إِلَّا بِالبَيَانِ. وَقَوْلُهُ: «فَصَدِّقُوهُ»: صَدَرَ مُخَالِفًا لِلشَّرْعِ، لِأَنَّ المُدَّعِيَ لَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، فَتَعَذَّرَ إِثْبَاتُهُ إِقْرَارًا مُطْلَقًا، فَلَا يُعْتَبَرُ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ مِن قَصْدِهِ تَقْدِيمَهُ عَلَى الوَرَثَةِ، وَقَدْ أَمْكَنَ تَنْفِيذُ قَصْدِهِ بِطَرِيقِ الوَصِيَّةِ وَقَدْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مَنْ يَعْلَمُ بِأَصْلِ الحَقِّ عَلَيْهِ دُونَ مِقْدَارِهِ سَعْيًا مِنْهُ فِي تَفْرِيغِ ذِمَّتِهِ، فَيَجْعَلُهَا وَصِيَّةً جَعَلَ التَّقْدِيرَ فِيهَا إِلَى المُوصَى لَهُ كَأَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَاءَكُمْ فُلَانٌ وَادَّعَى شَيْئًا فَأَعْطُوهُ مِن مَالِي مَا شَاءَ، وَهَذِهِ مُعْتَبَرَةٌ مِن الثُّلُثِ، فَلِهَذَا يُصَدَّقُ عَلَى الثُّلُثِ دُونَ الزِّيَادَةِ. قَالَ: (وَإِنْ أَوْصَى بِوَصَايَا غَيْرِ ذَلِكَ،

أضعف منهما.

ألا ترى أنه لا يمنع القسمة كالدين، ولم يوجب مشاركة الموصى له كسائر الوصية، فكان الواجب أن يكون أقوى من الوصية؛ لأنه أخذ شبهًا من الدين، ومن الوصية، فإن أقر المريض مع ذلك بدين مسمى، فالمسمى أولى، ولو قال: كل من يدعي علَيَّ شيئًا فأعطوه فهو باطل، إلا أن يقول: إن رأى الوصي أن يعطيه فأعطوه، فحينئذ يعطى من الثلث، ولو قال: احبسوا إليّ ألفًا فمن ادعى عليّ شيئًا فادفعوا إليه لم يجز، إلا أن يقول: إن رأى الوصي، كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: (فتعذر إثباته إقرارًا مطلقًا)؛ لأنه أقرّ مقيدًا على تقدير تصديق الورثة.

قوله: (فصدقوه، صدر مخالفا للشرع)؛ لأنه أمرهم بخلاف حكم الشرع، وهو تصديق المدعي من غير حجة.

وقيل: ربما يدعي الموصى له أكثر من الثلث، والوصية بأكثر من الثلث غير مشروع، فكأن قوله: صدقوه صدر مخالفًا للشرع.

قوله: (فبجعلها) أي: هذه الوصية وصية.

وقوله: (جعل التقدير فيها إلى الموصى له) كما في قوله تعالى: ﴿قَوْلٌ مَّعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِّن صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَآ أَذًى﴾ [البقرة: ٢٦٣].

قوله: (غير ذلك) أي: غير المسألة المتقدمة.

يُعْزَلُ الثُّلُثُ لِأَصْحَابِ الوَصَايَا، وَالثُّلُثَانِ لِلْوَرَثَةِ) لِأَنَّ مِيرَاثَهُمْ مَعْلُومٌ. وَكَذَا الوَصَايَا مَعْلُومَةٌ وَهَذَا مَجْهُولٌ فَلَا يُزَاحِمُ المَعْلُومَ، فَيُقَدَّمُ عَزْلُ المَعْلُوم، وَفِي الإِفْرَازِ فَائِدَةٌ أُخْرَى: وَهُوَ أَنَّ أَحَدَ الفَرِيقَيْنِ قَدْ يَكُونُ أَعْلَمَ بِمِقْدَارِ هَذَا الحَقِّ وَأَبْصَرَ بِهِ، وَالآخَرُ أَلَدُّ خِصَامًا، وَعَسَاهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِي الفَضْلِ إِذَا ادَّعَاهُ الخَصْمُ، وَبَعْدَ الإِفْرَازِ يَصِحُّ إِقْرَارُ كُلِّ وَاحِدٍ فِيمَا فِي يَدِهِ مِن غَيْرِ مُنَازَعَةٍ (وَإِذَا عُزِلَ يُقَالُ لِأَصْحَابِ الوَصَايَا: صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ، وَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ: صَدِّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ) لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ فِي حَقِّ المُسْتَحِقِّ وَصِيَّةٌ فِي حَقِّ التَّنْفِيذِ، فَإِذَا أَقَرَّ كُلُّ فَرِيقٍ بِشَيْءٍ ظَهَرَ أَنَّ فِي التَّرِكَةِ دَيْنًا شَائِعًا فِي النَّصِيبَيْنِ (فَيُؤْخَذُ أَصْحَابُ الثُّلُثِ بِثُلُثِ مَا أَقَرُّوا، وَالوَرَثَةُ بِثُلُثَيْ مَا أَقَرُّوا) تَنْفِيذًا لِإِقْرَارِ كُلِّ فَرِيقٍ فِي قَدْرِ حَقِّهِ، وَعَلَى كُلِّ فَرِيقٍ مِنْهُمَا اليَمِينُ عَلَى العِلْمِ، إِنْ ادَّعَى المُقَرُّ لَهُ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى مَا جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ، فَلِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ، وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الوَارِثِ) لِأَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَمْلِكُ الإِيصَاءَ بِهِ وَبِمَا لَا يَمْلِكُ، فَصَحَّ فِي الأَوَّلِ، وَبَطَلَ فِي الثَّانِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ، لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ، فَلَا

(وهذا مجهول) أي: قوله: (فصدقوه) مجهول، ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة، لكنه دين في حق المستحق، ووصية في حق التنفيذ، فلا يزاحم المعلوم.

قوله: (أحد الفريقين) وهم الورثة وأصحاب الوصايا.

قوله: (وصية في حق التنفيذ) يعني لما كان وصية في حق التنفيذ يكون المقر له كواحد من أصحاب الوصايا، فلهذا لم يقدم على أصحاب الوصايا، بل يأخذ مقدار ما أقر به أصحاب الوصايا.

قوله: (على ما جرى بينه) أي: بين المقر له وبين غيره وهو الميت.

قوله: (فللأجنبي ثلث[1] الوصية) يعني إذا رد بقية الورثة وصية الوارث، وبه قالت الأئمة الثلاثة وأبو ثور.

---

(١) تقدم في المتن (نصف).

يَصْلُحُ مُزَاحِمًا، فَيَكُونُ الكُلُّ لِلْحَيِّ وَالوَارِثُ مِن أَهْلِهَا، وَلِهَذَا تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ فَافْتَرَقَا، وَعَلَى هَذَا: إِذَا أَوْصَى لِلْقَاتِلِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ لِوَارِثِهِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ، حَيْثُ لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ أَيْضًا، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ إِنْشَاءُ تَصَرُّفٍ، وَالشَّرِكَةَ تُثْبِتُ حُكْمًا لَهُ، فَتَصِحُّ فِي حَقِّ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُمَا، وَأَمَّا الإِقْرَارُ فَإِخْبَارٌ عَنْ كَائِنٍ، وَقَدْ أَخْبَرَ بِوَصْفِ الشَّرِكَةِ فِي المَاضِي، وَلَا وَجْهَ إِلَى إِثْبَاتِهِ بِدُونِ هَذَا الوَصْفِ، لِأَنَّهُ خِلَافُ مَا أَخْبَرَ بِهِ، وَلاَ إِلَى إِثْبَاتِ الوَصْفِ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ الوَارِثُ فِيهِ شَرِيكًا، وَلِأَنَّهُ لَوْ قَبَضَ الأَجْنَبِيُّ شَيْئًا كَانَ لِلْوَارِثِ أَنْ يُشَارِكَهُ، فَيَبْطُلَ فِي ذَلِكَ القَدْرِ، ....

قوله: (وهذا) أي: الإيصاء لأجنبي ولوارثه (**بخلاف ما [إذا]**[1] **أقر بعين أو دين حيث لا يصح في حق الأجنبي**).

قوله: (**والشركة تثبت حكمًا له**) تثبت الشركة ضرورة ثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف، فلما لم يثبت الملك لم يثبت ما في ضمنه وهو الشركة.

قوله: (**وقد أخبر بوصف الشركة**) فلو ثبت إقراره لثبت الدين المشترك.

(**لأنه أقر به**) إلى آخره، قال التمرتاشي: هذا الذي ذكره من بطلان الإقرار فيما إذا تصادقا، وأما إذا أنكر الأجنبي شركة[2] الوارث وللوارث شركة الأجنبي فالإقرار باطل أيضًا.

وقال محمد: يصح في حصة الأجنبي؛ لأن الوارث مقر ببطلان حقه، وبطلان حق شريكه فبطل في نصيبه، وثبت في نصيب الآخر.

ولهما: أن حق الوارث لم يَعْدُ عن حق الأجنبي، وإنما أوجبه مشتركًا بينهما فبطل كما بينا.

قوله: (**فيبطل في ذلك القدر**) أي: يبطل الإقرار في ذلك القدر أي: القدر

---

(١) مثبتة من المتن.
(٢) في الأصل: (بتركة) والمثبت من النسخة الثانية.

ثُمَّ لَا يَزَالُ يَقْبِضُ وَيُشَارِكُهُ الوَارِثُ حَتَّى يَبْطُلَ الكُلُّ، فَلَا يَكُونُ مُفِيدًا، وَفِي الإِنْشَاءِ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا مُمْتَازَةٌ عَنْ حِصَّةِ الآخَرِ بَقَاءً وَبُطْلَانًا.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ، جَيِّدٍ وَوَسَطٍ وَرَدِيءٍ، فَأَوْصَى بِكُلِّ وَاحِدٍ لِرَجُلٍ، فَضَاعَ ثَوْبٌ وَلَا يُدْرَى أَيُّهَا هُوَ، وَالوَرَثَةُ تَجْحَدُ ذَلِكَ، فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ) وَمَعْنَى جُحُودِهِمْ: أَنْ يَقُولَ الوَارِثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ: الثَّوْبُ الَّذِي هُوَ حَقُّك قَدْ هَلَكَ فَكَانَ المُسْتَحَقُّ مَجْهُولًا، وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ القَضَاءِ وَتَحْصِيلَ المَقْصُودِ فَبَطَلَ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَ الوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ البَاقِيَيْنِ، فَإِنْ سَلَّمُوا زَالَ المَانِعُ، وَهُوَ الجُحُودُ، فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الجَيِّدِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الأَجْوَدِ، وَلِصَاحِبِ الأَوْسَطِ ثُلُثُ الجَيِّدِ وَثُلُثُ الأَدْوَنِ فَثَبَتَ الأَدْوَنُ، وَلِصَاحِبِ الأَدْوَنِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الأَدْوَنِ) لِأَنَّ صَاحِبَ

المقبوض جملة في نصيبهما معًا؛ لأنه لما كان للوارث أن يشاركه فيه فإذا شارك كان لبقية الورثة أن يأخذوا ذلك القدر معه، ثم يرجع هو على الأجنبي؛ لأن ما قبض لم يسلم له ثَمَّ، وثَمَّ إلى أن ينتهي فيبطل أصلًا، وكذا في الباقي من الدين في كل شيء يقبضه الأجنبي يشاركه الوارث فيه.

قوله: بقاء أي في حق الأجنبي وبطلانًا[1] أي في بطلان حق الوارث.

قوله: **(جيد ووسط ورديء)** بجر الثلاثة، وهي تخرج من ثلث ماله.

(فضاع [٢/٥٢٦/ب] **ثوب)** أي: بعد موت الموصي.

قوله: **(وكان المستحق مجهولا)** كما إذا أوصى لأحد هذين الرجلين كان الوصية باطلة لما قلنا أن المستحق مجهول.

قوله: **(ثلثا الثوب الأجود)** أي: الأجود في الحال ولا يعلم أن هذا الأجود الحالي هو الأجود الأصلي أي: هو الوسط الذي صار هو الأجود في الحال، وإنما يقسم بينهم أثلاثًا؛ لأن الوصية كانت لثلاثة نفر ليس أحدهما أولى من الآخر، والثوبان إذا قسما بين الثلاث نصيب كل واحد منهما سهما ثلثا ثوب، فيعطى كما ذكر في المتن.

---

(١) في الأصل والنسخة الثانية: (بطلان) والمثبت من المتن.

الجَيِّدِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الرَّدِيءِ بِيَقِينٍ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَسَطًا، أَوْ رَدِيئًا، وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَصَاحِبَ الرَّدِيءِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الجَيِّدِ البَاقِي بِيَقِينٍ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ جَيِّدًا، أَوْ وَسَطًا وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّدِيءُ هُوَ الرَّدِيءَ الأَصْلِيَّ فَيُعْطَى مِن مَحِلِّ الِاحْتِمَالِ، وَإِذَا ذَهَبَ ثُلُثَا الجَيِّدِ وَثُلُثَا الأَدْوَنِ لَمْ يَبْقَ إِلَّا ثُلُثُ الجَيِّدِ وَثُلُثُ الرَّدِيءِ، فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ صَاحِبِ الوَسَطِ فِيهِ بِعَيْنِهِ ضَرُورَةً.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَوْصَى أَحَدُهُمَا بِبَيْتٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ، فَإِنَّهَا تُقْسَمُ، فَإِنْ وَقَعَ البَيْتُ فِي نَصِيبِ المُوصِي فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: نِصْفُهُ لِلْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ: فَلِلْوَصِيِّ لَهُ مِثْلُ ذِرْعِ البَيْتِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ البَيْتِ(*). لَهُ: أَنَّهُ أَوْصَى بِمِلْكِهِ وَبِمِلْكِ غَيْرِهِ، لِأَنَّ الدَّارَ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا مُشْتَرَكَةٌ فَيَنْفُذُ الأَوَّلُ، وَيُوقَفُ الثَّانِي، وَهُوَ أَنَّ مِلْكَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالقِسْمَةِ الَّتِي هِيَ مُبَادَلَةٌ لَا تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ السَّالِفَةُ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِمِلْكِ الغَيْرِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، ثُمَّ إِذَا اقْتَسَمُوهَا وَوَقَعَ البَيْتُ فِي نَصِيبِ المُوصِي: تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِي عَيْنِ المُوصَى بِهِ، وَهُوَ نِصْفُ البَيْتِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ لَهُ مِثْلُ ذَرْعِ نِصْفِ البَيْتِ تَنْفِيذًا لِلْوَصِيَّةِ فِي بَدَلِ المُوصَى بِهِ عِنْدَ فَوَاتِهِ كَالجَارِيَةِ المُوصَى بِهَا إِذَا قُتِلَتْ

قوله: (فيعطى من محل الاحتمال) وهذا لأنه يحتمل أن يكون حقه في الجيد الحالي، بأن كان الصانع هو الأجود، فيكون هذا وسطًا، ويحتمل أن يكون في الرديء الحالي، بأن كان الصانع أردأ، فيكون هذا وسطًا، فكان هذا تنفيذ وصية في محل يحتمل أن يكون حقه، كذا في شرح الجامع لصاحب الهداية.

قوله: (كما إذا أوصى بملك الغريم[1] ثم اشتراه) فإنه لا تصح وصيته.

قوله: (في عين الموصى به وهو نصف البيت)؛ لأنه لا يملك وقت الإيصاء إلا النصف.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

(١) في النسخة الثانية والمتن: (الغير).

خَطأً: تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِي بَدَلِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا بِيعَ العَبْدُ المُوصَى بِهِ، حَيْثُ لَا تَتَعَلَّقُ الوَصِيَّةُ بِثَمَنِهِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالإِقْدَامِ عَلَى البَيْعِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلَا تَبْطُلُ بِالقِسْمَةِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ فِيهِ بِالقِسْمَةِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بِقَصْدِ الإِيصَاءِ بِمِلْكٍ مُنْتَفَعٍ بِهِ مِن كُلِّ وَجْهٍ وَذَلِكَ يَكُونُ بِالقِسْمَةِ، لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ بِالمُشَاعِ قَاصِرٌ، وَقَدْ اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ فِي جَمِيعِ البَيْتِ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ، فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فِيهِ، وَمَعْنَى المُبَادَلَةِ فِي هَذِهِ القِسْمَةِ تَابِعٌ، وَإِنَّمَا المَقْصُودُ الإِفْرَازُ تَكْمِيلًا لِلْمَنْفَعَةِ، وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَى القِسْمَةِ فِيهِ، وَعَلَى اعْتِبَارِ الإِفْرَازِ يَصِيرُ كَأَنَّ البَيْتَ مِلْكُهُ مِن الِابْتِدَاءِ.

قوله: (على ما بيناه) وهو أن الإقدام على البيع دليل الرجوع في الوصية.

قوله: (ومعنى المبادلة في هذه القسمة المعينة تابع) وإن كان معنى المبادلة في قسمة العروض، والحيوانات أصل، والدار من العروض ذكره صاحب الكتاب في كتاب القسمة، والإقرار فيما[1] أنه إذا كانت من جنس واحد يجبر القاضي على القسمة لطلب أحد الشركاء، وما نحن فيه من جنس واحد، وكان معنى المبادلة فيه تابعًا.

قال قاضي خان: والقسمة في دار واحدة مبادلة من وجه وإقرار من وجه، ألا ترى أن القاضي يجبر على القسمة، ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة ثم استحق الأرض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء، ولا تثبت للشفيع الشفعة في القسمة، والمشتري إذا قاسم البائع لم يكن للبائع نقض القسمة، ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لانعكست الأحكام، فثبت أنه إقرار من وجه، مبادلة من وجه، فيجعل إقرارًا في حكم الوصية تصحيحًا للوصية؛ لأن مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت.

ولهذا صحت الوصية بمعدوم على خطر الوجود كالثمر والغلة، وإذا جعلت القسمة إفرازًا ظهر أنه أوصى بما يملكه فإذا وقع البيت في نصيبه سلمه إلى الموصى له، وإن وقع في نصيب شريكه فله عوضه.

---

(١) في الأصل: (لما) والمثبت من النسخة الثانية.

وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ تَنْفُذُ فِي قَدْرِ ذُرْعَانِ جَمِيعِهِ مِمَّا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ، إِمَّا لِأَنَّهُ عِوَضُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْ لِأَنَّ مُرَادَ المُوصِي مِن ذِكْرِ البَيْتِ التَّقْدِيرُ بِهِ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِهِ مَا أَمْكَنَ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ البَيْتُ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ جَمْعًا بَيْنَ الجِهَتَيْنِ التَّقْدِيرِ وَالتَّمْلِيكِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ عَمِلْنَا بِالتَّقْدِيرِ، أَوْ لِأَنَّهُ أَرَادَ التَّقْدِيرَ عَلَى اعْتِبَارِ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَالتَّمْلِيكَ بِعَيْنِهِ عَلَى اعْتِبَارِ الوَجْهِ الآخَرِ، كَمَا إِذَا عَلَّقَ عِتْقَ الوَلَدِ وَطَلَاقَ المَرْأَةِ بِأَوَّلِ وَلَدٍ تَلِدُهُ أَمَتُهُ، فَالمُرَادُ فِي جَزَاءِ الطَّلَاقِ مُطْلَقُ الوَلَدِ، وَفِي العِتْقِ وَلَدٌ حَيٌّ، ثُمَّ إِذَا وَقَعَ البَيْتُ فِي نَصِيبِ غَيْرِ المُوصِي، وَالدَّارُ مِائَةُ ذِرَاعٍ، وَالبَيْتُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ، يُقْسَمُ نَصِيبُهُ بَيْنَ المُوصَى لَهُ وَبَيْنَ الوَرَثَةِ عَلَى عَشَرَةِ أَسْهُمٍ، تِسْعَةٌ مِنْهَا لِلْوَرَثَةِ، وَسَهْمٌ لِلْمُوصَى لَهُ، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ، فَيَضْرِبُ المُوصَى لَهُ بِخَمْسَةِ أَذْرُعٍ نِصْفِ البَيْتِ، وَهُمْ بِنِصْفِ الدَّارِ سِوَى البَيْتِ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ، فَيُجْعَلُ كُلُّ خَمْسَةٍ سَهْمًا، فَيَصِيرُ عَشَرَةً، وَعِنْدَهُمَا: يُقْسَمُ عَلَى أَحَدَ عَشَرَ سَهْمًا، لِأَنَّ المُوصَى لَهُ يَضْرِبُ بِالعَشَرَةِ وَهُمْ بِخَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ، فَتَصِيرُ السِّهَامُ أَحَدَ عَشَرَ،

قوله: (أو لأنه أراد التقدير به على اعتبار أحد الوجهين) وهو في وقوعه في نصيب شريكه.

قوله: (على اعتبار الوجه الآخر) وهو في وقوعه في نصيبه.

قوله: (فتصير السهام أحد عشر) إلى آخره. فإن قيل: ينبغي أن يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم: سهم للموصى له، وأربعة أسهم للورثة؛ لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين.

قلنا: زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين، وحق الموصى له في خمسة تمسكًا بمذهب محمد، وزعم الموصى له أن حقه في عشرة، وحق الورثة أربعين تمسكا بمذهبهما، ويحتمل أن يكون الورثة محمدي المذهب، والموصى له حنفي المذهب.

ودليل محمد ليس بباطل، فعملنا بالدليلين، وأعطينا الورثة خمسة وأربعين، كذا قرره بدر الدين خواهر زاده، ومولانا حميد الدين.

لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمَانِ، وَلَهُمْ تِسْعَةٌ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الوَصِيَّةِ إِقْرَارٌ، قِيلَ: هُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ: لَا خِلَافَ فِيهِ لِمُحَمَّدٍ.

وَالفَرْقُ لَهُ: أَنَّ الإِقْرَارَ بِمِلْكِ الغَيْرِ صَحِيحٌ، حَتَّى إِنَّ مَنْ أَقَرَّ بِمِلْكِ الغَيْرِ لِغَيْرِهِ ثُمَّ مَلَكَهُ، يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى المُقَرِّ لَهُ، وَالوَصِيَّةُ بِمِلْكِ الغَيْرِ لَا تَصِحُّ، حَتَّى لَوْ مَلَكَهُ بِوَجْهٍ مِن الوُجُوهِ، ثُمَّ مَاتَ: لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ وَلَا تَنْفُذُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى مِن مَالِ رَجُلٍ لِآخَرَ بِأَلْفٍ بِعَيْنِهِ، فَأَجَازَ صَاحِبُ المَالِ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي، فَإِنْ دَفَعَهُ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ) لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِمَالِ الغَيْرِ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَإِذَا أَجَازَ يَكُونُ تَبَرُّعًا مِنْهُ أَيْضًا، فَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِن التَّسْلِيمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ وَأَجَازَتْ الوَرَثَةُ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ فِي مَخْرَجِهَا

وقيل: هذا يخرج الإقرار، وقع هكذا سهوًا، وليس بتخريج الوصية ينبغي أن يقسم على خمسة للموصى له، وأربعة للورثة، كما ذكرنا، وما ذكر هاهنا تخريج الإقرار إن كانت الدار مشتركة فأقر أحدهما بالبيت المعين لآخر قبل القسمة، وقيمة الدار مائة، وقيمة البيت عشرة، ثم اقتسما الدار، فإن وقع البيت في نصيب المقر فظاهر، وإن وقع في نصيب شريكه يقسم نصيبه بينه وبين المقر له على أحد عشر سهمًا؛ لأن المقر يزعم أن المشترك من الدار سوى البيت، ولا تعلق لنا في البيت وغير البيت من الدار تسعون، فنصيبي منه خمسة وأربعون، والمقر له يدعي عليه عشرة من نصيبه، فيجعل كل خمسة سهمًا، فصار الكل أحد عشر سهما.

ولكن الجواب عنه ما ذكرنا من تقرير بدر الأئمة ومولانا حميد الدين رحمهما الله.

وقيل: لا خلاف فيه لمحمد، بل قوله محمد في الإقرار كقولهما في الوصية.

قوله: (وله أن يمتنع) أي: لصاحب المال [٢/ ٥٢٧/أ] أن يمتنع عن دفع ما أجازه؛ لأن هذا هبة من صاحب المال، والهبة لا تتم بدون التسليم، فإن دفع تمت الهبة، وإلا فلا.

قوله: (ثم أجازت الورثة) أي: بعد موت الموصي، ثم أرادوا أن يمتنعوا

صَحِيحَةٌ لِمُصَادِفَتِهَا مِلْكَ نَفْسِهِ وَالِامْتِنَاعِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ، فَإِذَا أَجَازُوهَا سَقَطَ حَقُّهُمْ، فَنَفَذَ مِن جِهَةِ المُوصِي.

قَالَ: (وَإِذَا اقْتَسَمَ الِابْنَانِ تَرِكَةَ الأَبِ أَلْفًا، ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ أَنَّ الأَبَ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ مَالِهِ، فَإِنَّ المُقِرَّ يُعْطِيهِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ: أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالثُّلُثِ لَهُ تَضَمَّنَ إِقْرَارَهُ بِمُسَاوَاتِهِ إِيَّاهُ، وَالتَّسْوِيَةُ فِي إِعْطَاءِ النِّصْفِ لِيَبْقَى لَهُ النِّصْفُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِثُلُثٍ شَائِعٍ فِي التَّرِكَةِ، وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا فَيَكُونُ مُقِرًّا بِثُلُثِ مَا فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِدَيْنٍ لِغَيْرِهِ، لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى المِيرَاثِ، فَيَكُونُ مُقِرًّا بِتَقْدِيمِهِ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ، أَمَّا المُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ شَرِيكُ الوَارِثِ، فَلَا يُسَلَّمُ لَهُ شَيْءٌ، إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَاهُ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ، فَرُبَّمَا يُقِرُّ الِابْنُ الآخَرُ بِهِ أَيْضًا، فَيَأْخُذُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَيَصِيرُ نِصْفَ التَّرِكَةِ فَيُزَادُ عَلَى الثُّلُثِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ، فَوَلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي وَلَدًا، وَكِلَاهُمَا يَخْرُجَانِ مِن الثُّلُثِ، فَهُمَا لِلْمُوصَى لَهُ) لِأَنَّ الأُمَّ دَخَلَتْ فِي الوَصِيَّةِ أَصَالَةً وَالوَلَدُ تَبَعًا حِينَ كَانَ مُتَّصِلًا بِالأُمِّ، فَإِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ القِسْمَةِ -وَالتَّرِكَةُ قَبْلَهَا مُبْقَاةٌ عَلَى مِلْكِ المَيِّتِ حَتَّى يُقْضَى بِهَا دُيُونُهُ- دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ، ....

من التسليم لا يكون لهم ذلك؛ لأن الإجازة تنفيذ من جهة الموصي إلّا على قول المزني، فإن الإجازة عطية مبتدأة، وقد بيّنّا من قبل.

قوله: (يعطيه ثلث ما في يده) وهو سدس المال، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد.

وقال الشافعي في وجه: يلزمه جميع ما في يده، وخرجه صاحب الحاوي من القولين في الدين، وليس بشيء كذا في الحلية.

قوله: (بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره) حيث يلزمه قضاء جميع الدين من حصته إذا كان مستغرقًا لنصيبه، وبه قال الشافعي في وجه.

وقال الشافعي في الأصح: يلزمه في نصيبه ما يخصه، وهو قول مالك، وأحمد؛ لأن إقراره بهذه الجهة.

فَيَكُونَانِ لِلْمُوصَى لَهُ (وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِن الثُّلُثِ، ضَرَبَ بِالثُّلُثِ وَأَخَذَ مَا يَخُصُّهُ مِنْهُمَا جَمِيعًا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَأْخُذُ ذَلِكَ مِن الأُمِّ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ مِن الوَلَدِ)(*). وَفِي «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: عَيَّنَ صُورَةً وَقَالَ: رَجُلٌ لَهُ سِتُّمِائَةِ دِرْهَمٍ وَأَمَةٌ تُسَاوِي ثَلَاثَمِائَةِ دِرْهَمٍ، فَأَوْصَى بِالجَارِيَةِ لِرَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ، فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي ثَلَاثَمِائَةِ دِرْهَمٍ قَبْلَ القِسْمَةِ، فَلِلْمُوصَى لَهُ الأُمُّ وَثُلُثُ الوَلَدِ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا: لَهُ ثُلُثَا كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. لَهُمَا: مَا ذَكَرْنَا، أَنَّ الوَلَدَ دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ تَبَعًا حَالَةَ الاتِّصَالِ فَلَا يَخْرُجُ عَنْهَا بِالِانْفِصَالِ، كَمَا فِي البَيْعِ وَالعِتْقِ، فَتَنْفُذُ

قوله: (**فيكونان**) أي الأم والولد (**للموصى له**) يعني إذا ولدت قبل قسمة التركة.

وقال الشافعي، وأحمد: إن كانت حاملًا حين الوصية، ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر منذ أوصى يدخل الولد في الوصية، ويكون للموصى له مع الأم.

وقالا في وجه: لا حكم للحمل في الوصية بكل حال، فلا يدخل فيها على كل حال، فعلى هذا لو انفصل في حياة الموصي فهو له كسائر أكسابها، وإن انفصل بعد موت الموصي وقبل قبول الوصية فهو للورثة، وإن انفصل بعد القبول فهو للموصى له على ظاهر المذهب؛ لأن الملك إنما يثبت للموصى له بعد القبول.

وقلنا: الوصية تستقر بالموت وتلزم، فيجب أن تسري إلى الولد كالاستيلاد، وقبل القسمة التركة مبقاة على ملك الميت.

قوله: (**فلا يخرج عنها**) أي عن الوصية (**بالانفصال كما في البيع**) بأن باع الأمة الحامل أو أعتقها يدخل في الحمل، ويدخل في المبيع والعتق، ولا يخرج عنهما بالانفصال.

قوله: (**والولد تبع فيه**) أي: في الوصية على الإيصاء، وإنما قلنا: إن الأم أصل في الوصية؛ لأن الإيجاب يتناولها قصدًا، ثم سرى حكم الإيجاب إلى الولد، ولا يزاحم التبع الأصل؛ لعدم المساواة بينهما، فتنفذ الوصية فيهما

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

الوَصِيَّةُ فِيهِمَا عَلَى السَّوَاءِ مِن غَيْرِ تَقْدِيم الأُمِّ. وَلَهُ: أَنَّ الأُمَّ أَصْلٌ، وَالوَلَدَ تَبَعٌ وَالتَّبَعُ لَا يُزَاحِمُ الأَصْلَ، فَلَوْ نَفَّذْنَا الوَصِيَّةَ فِيهِمَا جَمِيعًا، تَنْتَقِضُ الوَصِيَّةُ فِي بَعْضِ الأَصْلِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ البَيْعِ، لِأَنَّ تَنْفِيذَ البَيْعِ فِي التَّبَعِ لَا يُؤَدِّي إِلَى نَقْضِهِ فِي الأَصْلِ، بَلْ يَبْقَى تَامًّا صَحِيحًا فِيهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَابِلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ ضَرُورَةَ مُقَابَلَتِهِ بِالوَلَدِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ القَبْضُ، وَلَكِنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ فِي البَيْعِ حَتَّى يَنْعَقِدَ البَيْعُ بِدُونِ ذِكْرِهِ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا (هَذَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ القِسْمَةِ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ القِسْمَةِ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ) لِأَنَّهُ نَمَاءُ خَالِصِ مِلْكِهِ لِتَقَرُّرِ مِلْكِهِ، فِيهِ بَعْدَ القِسْمَةِ.

بنقيض الوصية في بعض الأم، وتنفيذ الوصية في جميع الأم مستحقًّا قبل الولادة، فلا يتغير بزيادة المال.

قوله: (**لا يؤدي إلى نقضه**) أي: نقض البيع (**في الأصل**) وهو الأم، فإن كل الأصل مبيع كما كان، سوى أن بعض الثمن خرج أن يكون مقابلًا إليه لضرورة أن ذلك البعض من الثمن وقع بمقابلة الولد ولا يضر ذلك؛ لأن الثمن يجري مجرى التبع، فصار بمنزلة حط بعض الثمن، بخلاف الوصية فإنها عند مزاحمة الولد تخرج بعض الأصل عن الوصية، فلا يجوز أن يكون التبع ناقضًا لشيء من الأصل.

وقيد باتصال القبض بالولد للمقابلة؛ لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن[1] لو كان الولد مقبوضًا بالأصل وإلا فلا.

قوله: (**هذا إذا ولدت قبل القسمة**) أي: دخول الحمل في الوصية تبعًا إذا ولدت قبل القسمة، وقبل قبول الموصى له، فإن ولدت قبل القبول وبعد القسمة فهو للموصى له؛ لأن التركة بالقسمة خرجت عن ملك الميت، فجذبت الزيادة على خالص ملك الموصى له.

وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري: أنه لا يصير موصى به، ولا يعتبر خروجه من الثلث.

---

(١) بعد (أن) في الأصل (كان).

فَصْلٌ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ الوَصِيَّةِ

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ لِامْرَأَةٍ بِدَيْنٍ، أَوْ أَوْصَى لَهَا بِشَيْءٍ، أَوْ وَهَبَ لَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ مَاتَ، جَازَ الإِقْرَارُ، وَبَطَلَت الوَصِيَّةُ وَالهِبَةُ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُلْزِمٌ بِنَفْسِهِ وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ عِنْدَ صُدُورِهِ، ....

ومشايخنا قالوا: يصير موصى به، ويعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول، ولو ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية، وبقي على حكم ملك الميت؛ لأنه لم يدخل تحت الوصية قصدًا ولا سراية، والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا، كذا في الكافي.

وعند الشافعي، وأحمد: لو انفصل قبل موت الموصي، ومن حين الوصية إلى الانفصال أقل من ستة أشهر يدخل في الوصية في وجه.

فَصْلٌ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ الْوَصِيَّةِ

لما ذكر حكم الكلي في الوصية شرع في بيان أحكام ما يتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف؛ إذ الأحوال بمنزلة العوارض، والأحكام الكلية[(١)] بمنزلة الأصول والأصل مقدم.

قوله: (جاز الإقرار وبطلت الوصية) الأصل: أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثًا يوم الموت، ولا يعلم فيه خلاف بين أهل [٢/ ٥٢٧/ ب] العلم.

والمعتبر في جواز الإقرار وفساده كون المقر له وارثًا يوم الإقرار، فيكون إقرارًا من المريض لوارثه، وهو لا يصح، كذا في المغني.

قوله: (لأن الإقرار ملزم بنفسه) أي: غير متوقف إلى شرط زائد؛ لأنه تصرف صادر من أهله إلى محله بولاية شرعية، ويصح على سبيل التجارة دون الوصايا، فيجب نفاذه بخلاف الوصية، فإنها غير ملزمة بنفسها، بل هي إيجاب بعد الموت، فيكون الموت شرط نفاذه **(وهي أجنبية عند صدوره)** أي: صدور الإقرار حتى لو أقرَّ لزوجته في حال المرض لم يصح.

---

(١) في الأصول: (الكلي) والمثبت هو الصواب.

وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ مِن جَمِيعِ المَالِ، وَلَا يَبْطُلُ بِالدَّيْنِ إِذَا كَانَ فِي حَالَةِ الصِّحَّةِ أَوْ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ، إِلَّا أَنَّ الثَّانِيَ يُؤَخَّرُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّهَا إِيجَابٌ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَهِيَ وَارِثَةٌ عِنْدَ ذَلِكَ، وَلَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ، وَالهِبَةُ وَإِنْ كَانَتْ مُنَجَّزَةً صُورَةً، فَهِيَ كَالمُضَافِ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ حُكْمًا، لِأَنَّ حُكْمَهَا يَتَقَرَّرُ عِنْدَ المَوْتِ؛

(ولا يبطل) أي: الإقرار بالدَّين.

(إلا أن الثاني) أي: الإقرار في حالة المرض (يؤخر عنه) أي: عن الإقرار في حالة الصحة (بخلاف الوصية) أي: تبطل الوصية التي أوصى لأجنبية ثم تزوجها (لأنها) أي: الوصية بتأويل الإيصاء.

وذكر التمرتاشي: لا يجوز إقرار المريض لوارثه بدين أو عين إلا إقراره لامرأته بمهر المثل، إلا أن يقر بأكثر من مهر مثلها، أما لو أقر بوارث يجوز؛ لأنه أوجب مشاركة مع الورثة في الميراث، فجاز كما لو كانت تحته زوجة فتزوج بأخرى في المرض؛ لأنها أوجب لها مشاركة في الميراث، كذا هاهنا.

ولو وهبت مهرها لزوجها في مرضها لا يصح، والحيلة أن يُقِرَّ بمهرها لأجنبي، ثم يتبرع الأجنبي على زوجها.

وقال زفر: إقراره لها باطل أيضًا كالوصية لها؛ لأن الإقرار بمنزلة التمليك، وهذا لا يصح للوارث.

وجوابه ما ذكرنا أن الإقرار ملزم بنفسه إلى آخره.

قوله: ([فهي][1] كالمضاف إلى ما بعد الموت حكمًا)؛ لأنها وقعت موقع الوصايا؛ لأنها تبرع يتقرر[2] حكمه عند الموت، ألا ترى أن من وهب عبدًا في مرض موته لأجنبي وماله [هو][3] وسلم صحت وصارت للموهوب له، فإذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقًّا للورثة، وفي الكل حقًّا للغرماء، وصارت كالمتعلق بالموت.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية والثالثة.
(٢) في الأصل: (يتعرى) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية والثالثة.

أَلَّا تَرَى أَنَّهَا تَبْطُلُ بِالدَّيْنِ الْمُسْتَغْرِقِ، وَعِنْدَ عَدَمِ الدَّيْنِ تُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ لِابْنِهِ بِدَيْنٍ، وَابْنُهُ نَصْرَانِيٌّ، أَوْ وَهَبَ لَهُ، أَوْ أَوْصَى لَهُ، فَأَسْلَمَ الِابْنُ قَبْلَ مَوْتِهِ، بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ). أَمَّا الهِبَةُ وَالوَصِيَّةُ فَلِمَا قُلْنَا إِنَّهُ وَارِثٌ عِنْدَ المَوْتِ وَهُمَا إِيجَابَانِ عِنْدَهُ أَوْ بَعْدَهُ، وَالإِقْرَارُ وَإِنْ كَانَ مُلْزِمًا بِنَفْسِهِ، وَلَكِنَّ سَبَبَ الإِرْثِ وَهُوَ البُنُوَّةُ قَائِمٌ وَقْتَ الإِقْرَارِ، فَيُعْتَبَرُ فِي إِيرَاثِ تُهْمَةِ الإِيثَارِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، لِأَنَّ سَبَبَ الإِرْثِ الزَّوْجِيَّةُ، وَهِيَ طَارِئَةٌ حَتَّى لَوْ كَانَتْ الزَّوْجِيَّةُ قَائِمَةً وَقْتَ الإِقْرَارِ وَهِيَ نَصْرَانِيَّةٌ ثُمَّ أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ، لَا يَصِحُّ الإِقْرَارُ لِقِيَامِ السَّبَبِ حَالَ صُدُورِهِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ الِابْنُ عَبْدًا، أَوْ مُكَاتَبًا فَأُعْتِقَ، لِمَا ذَكَرْنَا. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ: إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَصِحُّ، لِأَنَّهُ أَقَرَّ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَهُ وَهُوَ ابْنُهُ، وَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ المُعْتَبَرَ فِيهَا وَقْتُ المَوْتِ.

وَأَمَّا الهِبَةُ فَيُرْوَى أَنَّهَا تَصِحُّ، لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ فِي الحَالِ وَهُوَ رَقِيقٌ، وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ هِيَ فِي مَرَضِ المَوْتِ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ، فَلَا تَصِحُّ. قَالَ: (وَالمُقْعَدُ وَالمَفْلُوجُ

قوله: (والوصية باطلة لما ذكرنا وهو أن المعتبر فيها وقت الموت) وهذا التفصيل لا يتأتى في المكاتب؛ لأن المولى لا يملك كسبه في الحالين، ولا يقال: ينبغي أن يصح الإقرار إن كان عليه دين؛ لأن الحاصل الإقرار للغرماء؛ لأنا نقول الغرماء مجهول، وجهالة المقر له تمنع صحة الإقرار؛ إذ الغرماء ليسوا بموالي له، بل لهم حق البيع في كسبه أو رقبته، وبهذا القدر لا يستحقون المُقَرَّ به.

وفي المُغرب: فلجت الشيء فلجين أي: شققته نصفين، ومنه المفلوج؛ لأنه ذهاب النصف.

وعن ابن دريد: فلج الرجل فهو مفلوج، والشلل فساد في اليد، يقال: شلت يده تشل بالفتح، والمشلول الذي شل أنثياه أي: نزعت خصيتاه.

وقيل: الشل نوع من الدق.

وَالأَشَلُّ وَالمَسْلُولُ، إِذَا تَطَاوَلَ ذَلِكَ وَلَمْ يُخَفْ مِنْهُ المَوْتُ، فَهِبَتُهُ مِن جَمِيعِ المَالِ)

قال الإمام قاضي خان: مرض الموت ما يكون سببًا للموت غالبًا، بأن كان المرض بحال يزداد المرض حالًا فحالًا إلى أن يكون آخره الموت.

أما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببًا للموت، كالعمى ونحوه، وإنما يكون في حكم مرض الموت إذا صار صاحب فراش، وصاحب السّل والدّق إذا صار صاحب فراش يكون في حق مرض الموت، وقبله لا؛ لأن الإنسان قلما يخلو عن قليل مرض، وكذا المفلوج، والمجذوم، وصاحب حُمَّى الربع، وحُمَّى الغب إذا صاروا صاحب فراش يكون في حكم المريض مرض الموت، وبه قال مالك، وأحمد، وأبو ثور، والأوزاعي، والثوري.

وقال الشافعي: صاحب الأمراض الممتدة عطيته من كل المال؛ لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه، وإن كان لا يبرأ كالهرم.

وقلنا: إذا صار صاحب فراش يخاف منه الموت إلى تمام ما ذكر في المتن، والذي عجل موته واختل عقله وأبينت حشوته لا حكم لكلامه ولا لعطيَّته؛ لأنه لا يبقى له عقل، ولا يعلم فيه خلاف.

ومن خُرِقَت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه من الثلث.

قال عمر: من خُرِقَت حشوته قُبِلَت وصيته، وعلي رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم له أوصى وأمر ونهى، فلم يحكم ببطلان قوله.

والحامل إذا ضربها المخاض وهو الطلق وجع الولادة يكون تبرعه من الثلث، وبه قال الشافعي، والنخعي، والأوزاعي، والثوري، والعنبري، ويحيى الأنصاري، ومكحول، وابن المنذر؛ لأنها قبل ذلك لا تخاف الموت، وصارت كصاحب الأمراض الممتدة.

وقال مالك، وأحمد: إذا صار لها ستة أشهر عطيتها من الثلث؛ لأنه وقت تمكن الولادة [٢/٥٢٨/أ] فيه، وبه قال ابن المسيب، وعطاء، وقتادة.

وقال الحسن، والزهري: عطيتها كعطية الصحيح، وبه قال الشافعي في

لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَمَ العَهْدُ صَارَ طَبْعًا مِن طِبَاعِهِ، وَلِهَذَا لَا يَشْتَغِلُ بِالتَّدَاوِي، وَلَوْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ كَمَرَضٍ حَادِثٍ (وَإِنْ وَهَبَ عِنْدَمَا أَصَابَهُ ذَلِكَ وَمَاتَ مِن أَيَّامِهِ، فَهُوَ مِن الثُّلُثِ إِذَا صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ) لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْهُ المَوْتُ، وَلِهَذَا يَتَدَاوَى فَيَكُونُ مَرَضَ المَوْتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قول؛ لأن الغالب سلامتها، ولو اختلطت الطائفتان للقتال، وكل منهما مكافئة للأخرى، أو مقهورة، فهو في حكم مرض الموت، وبه قال أحمد، والأوزاعي، ومالك، والثوري.

ونحوه عن مكحول، وإذا لم يختلطوا لا، سواء كان بينهما رمي بالسهام أو لا.

وعن الشافعي قولان: أحدهما كقول الجماعة، والثاني ليس بخوف؛ لأنه ليس لمرض.

وراكب البحر فإن كان ساكنًا فليس بمخوف، وإن هبت الريح واضطرب البحر فهو مخوف قال تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ حَتَّىٰٓ إِذَا كُنتُمْ فِى ٱلْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا۟ بِهَا جَآءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَآءَهُمُ ٱلْمَوْجُ مِن كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوٓا۟ أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا۟ ٱللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ لَئِنْ أَنجَيْتَنَا مِنْ هَٰذِهِۦ لَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلشَّٰكِرِينَ ﴿٢٢﴾﴾ [يونس: ٢٢].

والأسير والمحبوس إذا كان من عادته القتل فهو خائف وإلا فلا، وبه قال مالك، وأحمد، وابن أبي ليلى، والشافعي في قول.

وفي تجنيس صاحب الهداية: تكلموا في حد مرض الموت والمختار أنه إذا كان الغالب منه الموت سواء كان صاحب فراش أو لا فمرض موت.

وسئل صاحب المنظومة عن حده، فقال: كثرت فيه أقوال المشايخ، واعتمادنا في ذلك على قول صاحب الفضلي، وهو أن لا يقدر على أن يذهب في حوائجه بنفسه خارج الدار، والمرأة بحوائجها داخل الدار كصعود السطح ونحوه.

وقد ذكرنا أقوال المشايخ مستوفى في باب طلاق المريض منه.

بَابُ العِتْقِ فِي مَرَضِ المَوْتِ

قَالَ: (وَمَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا أَوْ بَاعَ وَحَابَى أَوْ وَهَبَ، فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ، وَهُوَ مُعْتَبَرٌ مِن الثُّلُثِ، وَيُضْرَبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الوَصَايَا).

وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ فَهُوَ وَصِيَّةٌ مَكَانَ قَوْلِهِ جَائِزٌ، وَالمُرَادُ الِاعْتِبَارُ مِن الثُّلُثِ. وَالضَّرْبُ مَعَ أَصْحَابِ الوَصَايَا لَا حَقِيقَةُ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّهَا إِيجَابٌ بَعْدَ المَوْتِ، وَهَذَا مُنَجَّزٌ غَيْرُ مُضَافٍ، وَاعْتِبَارُهُ مِن الثُّلُثِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثَةِ، وَكَذَلِكَ مَا ابْتَدَأَ المَرِيضُ إِيجَابَهُ عَلَى نَفْسِهِ كَالضَّمَانِ وَالكَفَالَةِ فِي حُكْمِ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ فِيهِ كَمَا فِي الهِبَةِ، وَكُلُّ مَا أَوْجَبَهُ بَعْدَ المَوْتِ فَهُوَ مِن الثُّلُثِ، وَإِنْ أَوْجَبَهُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الإِضَافَةِ دُونَ حَالَةِ العَقْدِ، وَمَا نَفَّذَهُ مِن التَّصَرُّفِ، فَالمُعْتَبَرُ فِيهِ حَالَةُ العَقْدِ، ....

بَابُ الْعِتْقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ

ثم الإعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن أفرده بباب لأن له أحكامًا مخصوصة وأخَّره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل.

قوله: (**والمراد**) من قوله: (**فهو وصية**) (**الاعتبار من الثلث**) لا أنه حقيقة الوصية.

قال صاحب المجتبى: والأول أصح؛ لأن هذا مؤوَّل باعتباره من الثلث.

قوله: (**كالضمان والكفالة**) غاير بينهما بلفظ العطف؛ لأن من الضمان لا يكون كفالة، بأن قال للأجنبي: خالعها على ألف على أني ضامن، أو قال: بع هذا العبد من فلان بألف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف، كان بدل الخلع على الأجنبي دون المرأة، والخمسمائة على الضامن دون المشتري، كذا في شرح الأقطع.

قوله: (**وما نفَّذه**) أي: نجَّزه ولم يضفه إلى حالة مستقبلة (**فالمعتبر فيه حالة العقد**) كالإعتاق والهبة، وإن كان صحيحًا في حالة التصرف فهو من كل المال، وإن كان مريضًا فهو من الثلث، يتبين أنه لا حق لأحد في ماله؛ لأن حق الوارث والغريم إنما يتعلق في مرض الموت، وبالبرء ظهر أنه ليس بمرض الموت.

فَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَهُوَ مِن جَمِيعِ المَالِ، وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَمِنَ الثُّلُثِ، وَكُلُّ مَرَضٍ صَحَّ مِنْهُ فَهُوَ كَحَالِ الصِّحَّةِ، لِأَنَّ بِالبُرْءِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَقَّ فِي مَالِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ، وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا، فَالمُحَابَاةُ أَوْلَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى فَهُمَا سَوَاءٌ، وَقَالَا: العِتْقُ أَوْلَى فِي المَسْأَلَتَيْنِ)[*] وَالأَصْلُ فِيهِ: أَنَّ الوَصَايَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ، فَكُلٌّ مِن أَصْحَابِهَا

قوله: (وضاق الثلث) أي: عن المحاباة والعتق ثم العتق يعتبر من الثلث عند الجمهور، إلا ما حكي عن مسروق أنه يعتبر من رأس المال، وهو قول شاذ مخالف للأثر.

والمحاباة أولى عند أبي حنيفة حتى يسعى العبد في جميع قيمته، وبه قال مالك.

صورته: باع عبده في مرضه بألف، وقيمته ألفان، ثم أعتق عبدًا يساوي ألفًا، ولا مال له غيره، فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة، ولو بدأ بالعتق يتحاصَّا.

وعند مالك: المحاباة أولى في الصورتين.

وعند أبي يوسف، ومحمد: العتق أولى في الصورتين، وبه قال الشافعي، وأحمد، وهو قول الزهري، والنخعي، والثوري، وقتادة، وإسحاق بن راهويه.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: يستوي بين كل الوصايا.

قوله: (والأصل فيه) إلى آخره معناه إذا لم يكن في كل فرد من أفراد الوصايا ما جاوز الثلث مثل أن يوصي بالربع والسدس لا يقدم البعض على البعض بلا خلاف بين العلماء.

وفي المبسوط: أوصى بثلث ماله، ولآخر بسدسه، ولآخر بربعه، فأجازت الورثة يأخذ كل حقه كاملًا؛ لأن في المال وفاء به، ولو [لم][1] يجيزوا ضرب كل واحد منهم في الثلث بوصيته، فتكون القسمة بينهم على طريق العول بالاتفاق؛ لأن الوصايا كلها وقعت في الثلث، واستوت في القوة، فيضرب كل بجميع حقه.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) مثبتة من النسخة الثانية.

يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ فِي الثُّلُثِ، لَا يُقَدَّمُ البَعْضُ عَلَى البَعْضِ إِلَّا المُوقَعُ فِي المَرَضِ، وَالعِتْقُ المُعَلَّقُ بِمَوْتِ المُوصِي، كَالتَّدْبِيرِ الصَّحِيحِ، وَالمُحَابَاةُ فِي البَيْعِ إِذَا وَقَعَتْ فِي المَرَضِ، لِأَنَّ الوَصَايَا قَدْ تَسَاوَتْ، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِي فِي نَفْسِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ العِتْقُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ آنِفًا لِأَنَّهُ أَقْوَى،

قوله: (إلا العتق الموقع في المرض) والعتق المحاباة فإنها تقدم على سائر الوصايا عند الأكثر إلا عند الشافعي، وأحمد، فإنها يقدم الأَوْلَى فالأَوْلَى، لكن الخلاف في العتق والمحاباة أيها [٢/٥٢٨/ب] يقدم.

وأراد بالتدبير الصحيح الذي لا يحتاج إلى المنفذ بعد الموت، وبغير الصحيح الذي يحتاج إلى المنفذ مثل قوله: أنت حر بعد موتي، وهذا تدبير يحتاج إلى المنفذ.

وكذا لو قال: أعتقوه بعدي، أو أوصى بعتقه بعد موته، فإن ذلك العتق يحتاج إلى تنفيذ الورثة.

وقوله: (والمحاباة) بالرفع عطفا على قوله: **(إلا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق)**.

وفي الإيضاح: إذا قدم العتق والمحاباة على حسب ما اختلفوا، فإن بقي شيء من الثلث يتضارب أهل الوصايا بعد ذلك في باقي الثلث بقدر وصاياهم.

وقوله: (لأن الوصايا قد تساوت) إلى آخره، تعليل لقوله: **(لا يقدم البعض على البعض)**.

قوله: (العتق الذي ذكرناه آنفا) وهو العتق الموقع في المرض والمعلق كالتدبير الصحيح.

وفي المبسوط: لو أوصى بعتق عبده بعد موته، أو قال: أعتقوه، أو قال: هو حر بعد موتي بيوم ليس هذا من العتق الذي يبدأ إلا عند مالك، فإنه مقدم عنده على سائر الوصايا، وهو قياس قول الشافعي؛ لأن العتق كالدين من الكل.

وقلنا: لما احتاج إلى المنفذ بعد الموت فلا يكون مستحقًّا كاستحقاق الديون، فإن الدين يصير مستحقًّا بمجرد الموت، فيكون كسائر الوصايا، فلا يقدم.

فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ مِن جِهَةِ المُوصِي، وَغَيْرُهُ يَلْحَقُهُ. وَكَذَلِكَ المُحَابَاةُ لَا يَلْحَقُهَا الفَسْخُ مِن جِهَةِ المُوصِي، وَإِذَا تَقَدَّمَ ذَلِكَ فَمَا بَقِيَ مِن الثُّلُثِ بَعْدَ ذَلِكَ يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا مِن أَهْلِ الوَصَايَا، وَلَا يُقَدَّمُ البَعْضُ عَلَى البَعْضِ. لَهُمَا فِي الخِلَافِيَّةِ: أَنَّ العِتْقَ أَقْوَى، لِأَنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ الفَسْخُ، وَالمُحَابَاةُ يَلْحَقُهَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالتَّقْدِيمِ فِي الذِّكْرِ، لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ التَّقَدُّمَ فِي الثُّبُوتِ. وَلَهُ: أَنَّ المُحَابَاةَ أَقْوَى، لِأَنَّهَا تَثْبُتُ فِي

أما العتق المنفَّذ والتدبير الصحيح كالدَّين، والدَّين مقدم، وصاحب الدَّين ينفرد باستيفائه إذا ظفر بجنس حقه، والعتق المنفذ أو التدبير الصحيح يصير مستحقًّا بمجرد الموت، فصار كالدَّين فيقدم.

قوله: (وغيره) أي: غير العتق المنفذ (يلحقه) الفسخ من جهة الموصي؛ لأنه يصح الرجوع عنه، ولا يصح الرجوع عن العتق، وكذا المحاباة لا يلزمه الفسخ من جهة الموصي؛ لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة، [ومن قضية المعاوضة][1] اللزوم، فلزمت الوصية التي في ضمنها بمنزلة العتق.

قوله: (ولا معتبر بالتقدم في الذكر) وهو جواب عن قول أبي حنيفة أنه قدم المحاباة، وعن قول زفر أيضًا، فإن عنده العتق والمحاباة سواء في القوة، فيقدم الأول كما في سائر الوصايا بالقرب كما يجيء، فقال: (ولا معتبر بالتقديم في الذكر)؛ لأن التقديم في الذكر لا يوجب تقدمًا في الثبوت؛ لأن زمان تقرير الوصية بعد الموت، فالكل مقرر معًا.

وفي الأسرار: أنه إذا أوصى بثلث ماله لزيد وعمرو وبكر كان الثلث بينهم أثلاثًا وصل أم فصل، ولا عبرة في البداية؛ لأن الموصى لهم مختلفون، فكذا فيما نحن فيه، العتق وصية للمعتق، والمحاباة للمشتري.

وذكر في الكتاب قبيل باب الوصية بالثلث لو أوصى بعبد لرجل، ثم أوصى به لآخر أنهما يشتركان في العبد؛ لأن المحل يحتمل الشركة، فعلم أنه لا اعتبار للتقديم، بخلاف ما لو أوصى بوصايا في القُرَبِ النوافل، حيث يبدأ بما بدأ به الموصي؛ لأن المستحق واحد على ما يجيء.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

ضِمْنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ، فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لَا بِصِيغَتِهِ، وَالإِعْتَاقُ تَبَرُّعٌ صِيغَةً وَمَعْنًى، فَإِذَا وُجِدَتْ الْمُحَابَاةُ أَوَّلًا دُفِعَ الأَضْعَفُ، وَإِذَا وُجِدَ العِتْقُ أَوَّلًا وَثَبَتَ وَهُوَ لَا يَحْتَمِلُ الدَّفْعَ كَانَ مِن ضَرُورَتِهِ الْمُزَاحَمَةُ، وَعَلَى هَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: إِذَا حَابَى

قوله: (فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته) أي: البيع بالمحاباة تبرع من حيث المعنى، لا من حيث الصيغة، فإن البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة في الكل، والشفعة تختص بالمعاوضات، ولهذا أن البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون، والصبي المأذون، وبالمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة.

أما العتق تبرع محض صيغة ومعنى لا تجارة فيه، والمريض محجور عن التبرعات، فكانت المحاباة أقوى سببًا من العتق؛ لأن سببها التجارة، فمن حيث الحكم العتق أولى؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، ومن حيث السبب المحاباة أولى كما ذكرنا، فاستويا[1] في القوة، فإذا سبقت المحاباة كان أولى؛ لأن العتق جاء، والمحاباة ثبت في الثلث، فلا يدفعه العتق بعد ذلك.

أما إذا ثبت العتق أولًا، وثبت وهو لا يحتمل الدفع، كان من ضرورته المزاحمة.

(وعلى هذا) أي: وعلى هذا الأصل (قال أبو حنيفة رحمه الله) كذا.

فإن قيل: ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاثًا؛ لأن المحاباة الثانية مساوية للأولى، والعتق[2] مساوٍ للمحاباة الثانية، فكان مساويًا للأولى؛ لأن المساوي للمساوي مساوٍ.

قلنا: العتق مساوٍ للثانية بمعنى يخصه، وهو تقدمه عليها، فلا يساوي الأولى، وبهذا خرج الجواب عن إشكال آخر، وهو أن يقال: المحاباة الأولى ترجحت على العتق، والثانية مساوية للأولى، فينبغي أن يترجح على العتق كالأولى؛ لأن المساوي للراجح راجح؛ لما مر أن رجحان الأولى بمعنى يخصه، وهو تقدمه عليه.

(١) في الأصل: (فاستوفاه) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (ويعتق) والمثبت من النسخة الثانية.

ثُمَّ أَعْتَقَ، ثُمَّ حَابَى: قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ المُحَابَاتَيْنِ نِصْفَيْنِ، لِتَسَاوِيهِمَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ المُحَابَاةَ الأَخِيرَةَ قُسِمَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ العِتْقِ، لِأَنَّ العِتْقَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا فَيَسْتَوِيَانِ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى، ثُمَّ أَعْتَقَ، قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ العِتْقِ الأَوَّلِ وَالمُحَابَاةِ نِصْفَيْنِ، وَمَا أَصَابَ العِتْقَ، قُسِمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ العِتْقِ الثَّانِي، وَعِنْدَهُمَا: العِتْقُ أَوْلَى بِكُلِّ حَالٍ.

قَالَ: **(وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذِهِ المِائَةِ عَبْدٌ، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ، لَمْ يُعْتَقْ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ بِحَجَّةٍ يُحَجُّ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِن حَيْثُ يَبْلُغُ، وَإِنْ لَمْ يَهْلِكْ مِنْهَا، وَبَقِيَ شَيْءٌ مِن الحَجَّةِ: يُرَدُّ عَلَى الوَرَثَةِ، وَقَالَا: يُعْتَقُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ)** لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِنَوْعِ قُرْبَةٍ، فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا أَمْكَنَ اعْتِبَارًا بِالوَصِيَّةِ بِالحَجِّ.

وكذا لو قال: ينبغي ألا يكون للمحاباة الثانية شيء؛ لأنه مساوٍ للعتق، والعتق مرجوح، والمساوي للمرجوح مرجوح، كذا [٢/٥٢٩/أ] في الفوائد الحميدية.

قوله: (قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة) إلى آخره، وفي المبسوط: فإن قيل: ينبغي أن يسترد صاحب المحاباة، فما أخذ صاحب العتق الثاني كمال حقه؛ لأن ما أضاف إليه كمال حقه؛ لأن المحاباة مقدم على العتق الثاني، كما لو كانا معًا، وتقدمت المحاباة.

قلنا: لو استرد ذلك منه لاسترد صاحب العتق الأول من صاحب المحاباة الثاني؛ لأن العتق الأول والمحاباة الثانية سواء في الثلث، فيؤدي ذلك إلى دور لا ينقطع، والسبيل فيه أن ينقطع، ولو نقص صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن، كان الثلث بين العتقين نصفين لاستواء حقهما.

قوله: (وبقي شيء يردّ) قال الكِسَاني إلا إن جعل الموصي الفضل للذي يحج عنه فيكون له وقال أبو يوسف ومحمد يعتق عنه ما بقي وهو قياس قول الأئمة الثلاثة كما في الوصية بالحج ولو فضل شيء من الحج يصرف إلى الحج ولا يُرَدُّ إلى الورثة عند الأئمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف لو أوصى بأن يُشترَى بكل ماله عبد فيعتق عنه ولم تُجز الورثة بطلت الوصية عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يُشتَرَى بالثلث عبد ويعتق.

وَلَهُ: أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالعِتْقِ لِعَبْدٍ يَشْتَرِي بِمِائَةٍ، وَتَنْفِيذُهَا فِيمَنْ يَشْتَرِي بِأَقَلَّ مِنْهُ تَنْفِيذٌ لِغَيْرِ المُوصَى لَهُ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ بِالحَجِّ، لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَحْضَةٌ، وَهِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى: وَالمُسْتَحَقُّ لَمْ يَتَبَدَّلْ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةٍ، فَهَلَكَ بَعْضُهَا يَدْفَعُ البَاقِيَ إِلَيْهِ، وَقِيلَ: هَذِهِ المَسْأَلَةُ بِنَاءٌ عَلَى أَصْلٍ آخَرَ مُخْتَلَفٍ فِيهِ، وَهُوَ أَنَّ العِتْقَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَهُمَا، حَتَّى تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ مِن غَيْرِ دَعْوَى فَلَمْ يَتَبَدَّلِ المُسْتَحَقُّ، وَعِنْدَهُ: حَقُّ العَبْدِ حَتَّى لَا تُقْبَلُ البَيِّنَةُ عَلَيْهِ مِن غَيْرِ دَعْوَى، فَاخْتَلَفَ المُسْتَحَقُّ وَهَذَا أَشْبَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ تَرَكَ ابْنَيْنِ وَمِائَةَ دِرْهَمٍ، وَعَبْدًا قِيمَتُهُ مِائَةُ دِرْهَمٍ، وَقَدْ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ، فَأَجَازَ الوَارِثَانِ ذَلِكَ: لَمْ يَسْعَ فِي شَيْءٍ) لِأَنَّ العِتْقَ فِي مَرَضِ المَوْتِ وَإِنْ كَانَ فِي حُكْمِ الوَصِيَّةِ، وَقَدْ وَقَعَتْ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ، إِلَّا أَنَّهَا تَجُوزُ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ، لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَقَدْ أَسْقَطُوهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ، ثُمَّ مَاتَ فَجَنَى جِنَايَةً وَدُفِعَ بِهَا، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ)

قوله: (تنفيذ) أي: للوصية **(لغير الموصى له)** إذ الموصى له عبد يُشترى بمائة، فلو اشترى بأقل منها يكون تنفيذ الوصية لغير المستحق بخلاف الحج؛ لأنه عبادة محضة، والمستحق للعبادة هو الله تعالى، ولم يتبدل.

قوله: (وهذا أشبه) أي: كون هذه المسألة بثابتة أشبه بالصواب؛ لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده أي الغالب حق العبد.

وعندهما: لما ثبت أن حق الله تعالى غالب حتى تقبل الشهادة عليه بدون الدعوى، فإن الغالب في العتق حق الله تعالى، فصار كالحج.

وفي الكافي: لو أوصى بأن يُحَجّ عنه من ثلثه، فقيل له: الثلث لا يكفي، فقال: أعينوني في الحج يعان به في الحج على الفقراء؛ لأن اللفظ يدل عليه؛ لأن الإعانة إنما تكون للفقير المحتاج.

وعند الشافعي، وأحمد في قول: يتمم له من كل المال؛ لأنه إذا أوصى له بحج في قول من جميع المال.

قوله: (ومن أوصى بعتق عبده) أي: بإعتاقه.

لِأَنَّ الدَّفْعَ قَدْ صَحَّ لِمَا أَنَّ حَقَّ وَلِيِّ الجِنَايَةِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ المُوصِي، فَكَذَلِكَ عَلَى حَقِّ المُوصَى لَهُ، لِأَنَّهُ يَتَلَقَّى المِلْكَ مِن جِهَتِهِ، إِلَّا أَنَّ مِلْكَهُ فِيهِ بَاقٍ، وَإِنَّمَا يَزُولُ بِالدَّفْعِ، فَإِذَا خَرَجَ بِهِ عَنْ مِلْكِهِ بَطَلَت الوَصِيَّةُ، كَمَا إِذَا بَاعَهُ المُوصِي أَوْ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَإِنْ فَدَاهُ الوَرَثَةُ كَانَ الفِدَاءُ، فِي مَالِهِمْ، لِأَنَّهُمْ هُم الَّذِينَ التَزَمُوهُ، وَجَازَت الوَصِيَّةُ، لِأَنَّ العَبْدَ طَهُرَ عَن الجِنَايَةِ بِالفِدَاءِ كَأَنَّهُ لَمْ يَجْنِ فَتَنْفُذُ الوَصِيَّةُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِآخَرَ، فَأَقَرَّ المُوصَى لَهُ وَالوَارِثُ أَنَّ المَيِّتَ أَعْتَقَ هَذَا العَبْدَ، فَقَالَ المُوصَى لَهُ: أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ، وَقَالَ الوَارِثُ: أَعْتَقَهُ فِي المَرَضِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الوَارِثِ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ، إِلَّا أَنْ يَفْضُلَ مِن الثُّلُثِ شَيْءٌ، أَوْ تَقُومَ لَهُ البَيِّنَةُ أَنَّ العِتْقَ فِي الصِّحَّةِ) لِأَنَّ المُوصَى لَهُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ ثُلُثِ مَا بَقِيَ مِن التَّرِكَةِ بَعْدَ العِتْقِ، لِأَنَّ العِتْقَ فِي الصِّحَّةِ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ، وَلِهَذَا يَنْفُذُ مِن جَمِيعِ المَالِ، وَالوَارِثُ يُنْكِرُ، لِأَنَّ مُدَّعَاهُ العِتْقُ فِي المَرَضِ، وَهُوَ وَصِيَّةٌ، وَالعِتْقُ

(لأنه) أي: الموصى له (يتلقى الملك) أي: يأخذ (من جهته) أي: من جهة الموصي (إلا أن ملكه فيه باق) لحاجة الميت؛ لما بينا أن ملك الميت باق بعد لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق؛ إذ ملك الورثة ملك خلافة، فلا يثبت ما لم يستغن الأصل منه، كذا في مبسوط فخر الإسلام.

قوله: (أو وارثه) أي: باعه وارثه بسبب الدين كان الفداء من مالهم، إن كانوا متطوعين.

قوله: (ومن أوصى بثلث ماله لآخر) معناه ترك عبدًا ومالًا ووارثًا، والعبد مقدار ثلث ماله، وبه صرح قاضي خان.

(قال الموصى له: أعتقه في الصحة) يعني: إعتاق لم يقع وصية، ووصيتي بثلث ماله صحيح فيما وراء العبد؛ إذ الإعتاق لو وقع في المرض لرجع وصية، وقيمة العبد ثلث المال لم يكن للموصى له بالثلث شيء؛ لأن الوصية بالعتق مقدمة بالاتفاق، والوارث بدعواه أنه وقع في المرض ينكر استحقاق الثلث فيما وراء العبد؛ لأنه وصية والعتق مقدم فلا يصدق الموصى له في دعواه استحقاق الثلث فيما وراء العبد إلا بحجة، فيحلف الوارث بالله ما أعتقه في الصحة وأعتقه في المرض.

فِي الْمَرَضِ مُقَدَّمٌ عَلَى الوَصِيَّةِ بِثُلُثِ المَالِ، فَكَانَ مُنْكِرًا، وَالقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ مَعَ الْيَمِينِ؛ وَلِأَنَّ العِتْقَ حَادِثٌ، وَالحَوَادِثُ تُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ لِلتَّيَقُّنِ بِهَا، فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَارِثِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ اليَمِينِ، إِلَّا أَنْ يَفْضُلَ شَيْءٌ مِن الثُّلُثِ عَلَى قِيمَةِ العَبْدِ، لِأَنَّهُ لَا مُزَاحِمَ لَهُ فِيهِ، أَوْ تَقُومَ لَهُ البَيِّنَةُ أَنَّ العِتْقَ فِي الصِّحَّةِ، لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً، وَهُوَ خَصْمٌ فِي إِقَامَتِهَا لِإِثْبَاتِ حَقِّهِ.

قَالَ: (وَمَنْ تَرَكَ عَبْدًا، فَقَالَ لِلْوَارِثِ: أَعْتَقَنِي أَبُوكَ فِي الصِّحَّةِ، وَقَالَ رَجُلٌ: لِي عَلَى أَبِيكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: صَدَقْتُمَا، فَإِنَّ العَبْدَ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وَقَالَا: يَعْتِقُ وَلَا يَسْعَى فِي شَيْءٍ[*] لِأَنَّ الدَّيْنَ وَالعِتْقَ فِي الصِّحَّةِ ظَهَرَا مَعًا بِتَصْدِيقِ الوَارِثِ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ، فَصَارَا كَأَنَّهُمَا كَانَا مَعًا، وَالعِتْقُ فِي الصِّحَّةِ لَا يُوجِبُ السِّعَايَةَ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمُعْتِقِ دَيْنٌ.

وَلَهُ: أَنَّ الإِقْرَارَ بِالدَّيْنِ أَقْوَى، لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِن جَمِيعِ المَالِ، وَالإِقْرَارُ بِالعِتْقِ فِي

قوله: (وهو خصم في إقامتها) هذا جواب عن إشكال، وهو أن الدعوى في العتق شرط لإقامة البينة عنده، فكيف تصح إقامة البينة من غير خصم؟

فقال: هو خصم في إقامة البينة في إثبات حقه؛ لأنه مضطر على إقامتها على حرية العبد ليفرغ الثلث عن الاشتغال [بغير][1][2] فصار كمعير الرهن.

قال فخر الإسلام: ويجب أن يستحلف الوارث إن لم يقم البينة الموصى له بالثلث. **قوله**: (والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين) حتى لو أعتق عبده في الصحة ومات مديونًا لا يسعى العبد للدين بالإجماع.

قوله: (وله أن الإقرار) إلى آخره. ولأبي حنيفة وجهان:

أحدهما: أن الإقرار بالدين أقوى على ما ذكروا.

الثاني: أن العتق لا يمكن إسناده إلى حالة الصحة، والدين يمكن إسناده، فيثبت الدين من كل وجه، ويثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى؛

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (عن)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

الْمَرَضِ يُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ، وَالأَقْوَى يَدْفَعُ الأَدْنَى، فَقَضِيَّتُهُ أَنْ يَبْطُلَ العِتْقُ أَصْلًا، إلَّا أَنَّهُ بَعْدَ وُقُوعِهِ لَا يَحْتَمِلُ البُطْلَانَ، فَيُدْفَعُ مِن حَيْثُ المَعْنَى بِإِيجَابِ السِّعَايَةِ، وَلِأَنَّ الدَّيْنَ أَسْبَقُ، لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ لَهُ مِن الِاسْتِنَادِ فَيَسْتَنِدُ إلَى حَالَةِ الصِّحَّة، وَلَا يُمْكِنُ إسْنَادُ العِتْقِ إلَى تِلْكَ الحَالَةِ، لِأَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ العِتْقَ فِي حَالَةِ المَرَضِ مَجَّانًا فَتَجِبُ السِّعَايَةُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافُ: إذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلْفَ دِرْهَم، فَقَالَ رَجُلٌ: لِي عَلَى المَيِّتِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٌ، وَقَالَ الآخَرُ: كَانَ لِي عِنْدَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً، فَعِنْدَهُ الوَدِيعَةُ أَقْوَى وَعِنْدَهُمَا سَوَاءٌ.

لأن إعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية، [٢/ ٥٢٩/ ب] وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت.

ولو قال العبد لمولاه: أعتقتني في صحتكَ، وقال رجل آخر: لي عليكَ ألف درهم، فقال المريض: صدقتما، عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم، كذلك هاهنا، كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وغيره.

قوله: **(عنده)** أي عند أبي حنيفة **(الوديعة أقوى)**، ولكن فخر الإسلام، والكساني ذكرا أن عندهما الوديعة أقوى، فكان الخلاف على عكس ذلك، وهكذا ذكر في المنظومة في كتاب الإقرار في باب أبي حنيفة، وفي شرح المنظومة، وفي الكافي.

والأصح ما ذكر في المنظومة وشرحه وشروح الجامع.

وجه قولهما[١] أن الوديعة تثبت في عين الألف، والدين يثبت في الذمة أولًا ثم ينتقل إلى العين، فكانت الوديعة أسبق، فكان صاحبها أحق، كما لو كان المورث حيًّا وقال: صدقتما، بعدما قالا.

ولأبي حنيفة أنهما سواء؛ لأن ثبوتهما بقول الوارث: صدقتما، وكلاهما دين؛ لأنه لما مات مجملًا صار كل واحد منهما دينًا، والإقرار من الوارث بالدين يتناول التركة لا الذمة، فقد وقعا معًا بخلاف المورث.

---

(١) في الأصل: (فوقهما) والمثبت من النسخة الثانية.

فَصْلٌ: [أَوْصَى بِوَصَايَا مِن حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى]

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِن حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، قُدِّمَتِ الفَرَائِضُ مِنْهَا، قَدَّمَهَا المُوصِي أَوْ أَخَّرَهَا، مِثْلُ الحَجِّ وَالزَّكَاةِ وَالكَفَّارَاتِ) لِأَنَّ الفَرِيضَةَ أَهَمُّ مِن النَّافِلَةِ،

(فَصْلٌ)

قدم العتق على هذا الفصل لقوة العتق لأنه لا يلحقه الفسخ.

اعلم أن من مات وعليه حقوق الله من زكاة، أو صدقة فطر، أو كفارة، أو صوم، أو حج، أو صلاة، أو ما أشبه ذلك من غير وصية لا يؤخذ ذلك عندنا، إلا أن يتبرع ورثته بذلك وهم أهل التبرع، وإن امتنعوا لم يجبروا على ذلك، وإن أوصى بذلك يجوز وينفذ من الثلث.

وهذا عندنا ومالك، إلا أن مالكًا يبدأ بالعتق في المرض، ثم بالتدبير، ثم بعدها الزكاة المفروضة، ثم عِتْقُ عبد بعينه أوصى بأن يُشتَرى فيعتق، ثم الكتابة أي: بالوصية بكتابة عبد، ثم الحج، ثم الإقرار بالدَّين لمن لا يجوز إقراره به، ثم بعتق رقبة عن ظهار أو قتل، أو يتحاصّ رقبة الظهار مع رقبة القتل، ثم ما أوصى به من كفارة يمين، ثم بالإطعام عما فرط من قضاء رمضان، ثم النذر.

وقال الشافعي، وأحمد، وأصحاب الظاهر، وأبو ثور، وأبو سليمان، وإسحاق، والحسن، وعطاء، وابن المسيب، والثوري: إلا أن الشافعي [قال][1]: يتحاصّ ديون الله وديون العباد في قول، وفي قول ديون الله مقدم، وهو قول أصحاب الظاهر.

يؤخذ من تركته؛ لأنه دين في الذمة كسائر الديون، قال عليه الصلاة والسلام: «**لَو كانَ علَى أبيكِ دينٌ أَكُنتِ تَقْضِيهِ؟**» قالت: نعم، قال: «**فَدَيْنُ اللهِ أحقُّ**».

وقلنا: ما وجب عليه من العبادة لا يلزم الوارث كالصلاة والواجبات كلها عبادة فلا يلزم، وقد مر في الزكاة، وإذا كانت وصيته في التطوعات يبدأ بما بدأ به الموصي بلا خلاف إذا لم يكن فيها عتق مُنفَّذ ولا محاباة مُنجَّزة، وقد بَيَّنّا الخلاف إذا كان فيها محاباة أو عتق.

---

(١) مثبتة من النسخة الثانية.

وَالظَّاهِرُ مِنْهُ البُدَاءَةُ بِمَا هُوَ الأَهَمُّ (فَإِنْ تَسَاوَتْ فِي القُوَّةِ، بُدِئَ بِمَا قَدَّمَهُ المُوصِي إِذَا ضَاقَ عَنْهَا الثُّلُثُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالأَهَمِّ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ: أَنَّهُ يَبْتَدِئُ بِالزَّكَاةِ وَيُقَدِّمُهَا عَلَى الحَجِّ، وَهُوَ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْهُ أَنَّهُ يُقَدِّمُ الحَجَّ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ.

وَجْهُ الأُولَى: أَنَّهُمَا وَإِنْ اسْتَوَيَا فِي الفَرِيضَةِ فَالزَّكَاةُ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ العِبَادِ فَكَانَ أَوْلَى. وَجْهُ الأُخْرَى: أَنَّ الحَجَّ يُقَامُ بِالمَالِ وَالنَّفْسِ، وَالزَّكَاةُ بِالمَالِ قَصْرًا عَلَيْهِ، فَكَانَ الحَجُّ أَقْوَى، ثُمَّ تُقَدَّمُ الزَّكَاةُ وَالحَجُّ عَلَى الكَفَّارَاتِ لِمَزِيَّتِهِمَا عَلَيْهَا فِي القُوَّةِ، إِذْ قَدْ جَاءَ فِيهِمَا مِن الوَعِيدِ مَا لَمْ يَأْتِ فِي الكَفَّارَاتِ، وَالكَفَّارَةُ فِي القَتْلِ وَالظِّهَارِ وَاليَمِينِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى صَدَقَةِ الفِطْرِ، لِأَنَّهُ عُرِفَ وُجُوبُهَا دُونَ صَدَقَةِ الفِطْرِ، وَصَدَقَةُ الفِطْرِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الأُضْحِيَّةِ لِلاتِّفَاقِ عَلَى وُجُوبِهَا بِالقُرْآنِ وَالِاخْتِلَافِ فِي الأُضْحِيَّةِ،

قوله: وإن (تساوت في القوة) بأن كان كلها فرائض أو نوافل كالجسور والرباطات والمساجد.

قوله: (فالزكاة تعلق بها حق العباد)؛ إذ حق الفقير في القبض ثابت، فكان ممتزجًا بحقين، والحج تمحّص حقًّا لله تعالى، فكانت الزكاة أقوى.

قوله: (فكان الحج أقوى) لما فيه من تأدية الوظيفتين البدنية والمالية في الزكاة تأدية وظيفة واحدة ولأن الحج فرضُ العُمرِ فكان العمر أقوى لشموله من فرض السنة.

قوله: (جاء فيهما من الوعيد) قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ﴾ [التوبة: ٣٤]، وقال تعالى: ﴿وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلۡعَٰلَمِينَ﴾ [آل عمران: ٩٧].

وقال عليه الصلاة والسلام: «**من ماتَ وعلَيهِ حَجَّةُ الإسلامِ إن شاءَ ماتَ يَهوديًّا، وإن شاءَ نَصرانيًّا، وإن شاءَ مَجوسيًّا**».

قوله: (والكفارة في القتل) إلى قوله: **(مقدمة على صدقة الفطر)** قيد بالكفارات الثلاث؛ لمّا أن صدقة الفطر مقدمة على كفارة الإفطار؛ لأن كفارة الفطر تثبت بخبر الواحد، وصدقة الفطر وجبت بأخبار مستفيضة، والإجماع.

قوله: (والاختلاف في الأضحية) أي: في وجوب الأضحية، فإنها غير واجبة عند الشافعي.

وَعَلَى هَذَا القِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ الوَاجِبَاتِ عَلَى البَعْضِ.

قَالَ: (وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ المُوصِي) لِمَا بَيَّنَّا، وَصَارَ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِذَلِكَ. قَالُوا: إِنَّ الثُّلُثَ يُقْسَمُ عَلَى جَمِيعِ الوَصَايَا، مَا كَانَ لِلَّهِ تَعَالَى، وَمَا كَانَ لِلْعَبْدِ، فَمَا أَصَابَ القُرَبَ صُرِفَ إِلَيْهَا عَلَى التَّرْتِيبِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، وَيُقْسَمُ عَلَى عَدَدِ القُرَبِ، وَلَا يُجْعَلُ الجَمِيعُ كَوَصِيَّةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ المَقْصُودُ بِجَمِيعِهَا رِضَا لِلَّهِ تَعَالَى، فَكُلُّ وَاحِدَةٍ فِي نَفْسِهَا مَقْصُودٌ، فَتَنْفَرِدُ كَمَا تَنْفَرِدُ وَصَايَا الآدَمِيِّينَ.

والأضحية مقدمة على النوافل عندنا؛ لأنها واجبة عندنا.

(يقدم بعض الواجبات) إلى آخره، فتقدم صدقة الفطر على النذر؛ لأنها واجبة بإيجاب الشرع، والنذر واجب بإيجاب العبد، والنذور والكفارات كلها مقدمة على الأضحية؛ لما ذكرنا من الخلاف في وجوب الأضحية، ولا خلاف في وجوب [٢/ ٥٣٠/ أ] النذور والكفارات.

ثم الترتيب بين الكفارات الثلاث أن كفارة القتل تقدم على غيرها؛ لأنها أقوى وأكثر تغليظًا من غيرها، ألا ترى أن الإسلام شرط فيها دون سائرها، ثم كفارة اليمين تقدم على كفارة الظهار؛ لأنها وجبت لهتك حرمة اسم الله تعالى، وكفارة وجبت بإيجاب حرمة على نفسه، فكانت كفارة اليمين أقوى.

قوله: (**لما بينا**) وهو قوله: (لأن الظاهر بأن يبتدئ بالأهم).

قوله: (**إن الثلث**) إلى آخره يعني إن كانت مع شيء من هذه الوصايا الثابتة حقًّا لله تعالى وصية لآدمي، بأن قال: ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد (تقسم على أربعة أسهم بعدد القرب) إلى آخره.

وقال الشافعي، وأحمد: إذا ضاق الثلث عن الكل يبدأ بما بدأ به الموصي، ثم بالأول فالأول، سواء كان الأول عتقًا أو غيره.

وعند مالك بدأ بالعتق، ثم على ما بدأ به الموصي، وقد مر.

قوله: (**وإن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى**)، في المبسوط، والإيضاح، والذخيرة: والمقصود وإن كان متحدًا وهو القربة، ولكن تغيير الجهة المسماة؛ لأن الجهة هي المنصوص عليه وهو كما لو أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل يصرف لكل جهة سهم، وإن كان المقصود من الجميع القربة.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِحَجَّةِ الإِسْلَامِ، أَحَجُّوا عَنْهُ رَجُلًا مِن بَلَدِهِ يَحُجُّ رَاكِبًا) لِأَنَّ الوَاجِبَ لِلَّهِ تَعَالَى الحَجُّ مِن بَلَدِهِ، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ فِيهِ مِن المَالِ مَا يَكْفِيهِ مِن بَلَدِهِ، وَالوَصِيَّةُ لِأَدَاءِ مَا هُوَ الوَاجِبُ عَلَيْهِ وَإِنَّمَا قَالَ رَاكِبًا: لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَحُجَّ مَاشِيًا، فَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي وَجَبَ عَلَيْهِ. قَالَ: (فَإِنْ لَمْ تَبْلُغِ الوَصِيَّةُ النَّفَقَةَ، أَحَجُّوا عَنْهُ مِن حَيْثُ تَبْلُغُ) وَفِي القِيَاسِ: لَا يَحُجُّ عَنْهُ، لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالحَجَّةِ عَلَى صِفَةٍ عَدِمْنَاهَا فِيهِ، غَيْرَ أَنَّا جَوَّزْنَاهُ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ المُوصِيَ قَصَدَ تَنْفِيذَ الوَصِيَّةِ، فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا أَمْكَنَ، وَالمُمْكِنُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهُوَ أَوْلَى مِن إِبْطَالِهَا رَأْسًا، وَقَدْ فَرَّقْنَا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الوَصِيَّةِ بِالعِتْقِ مِن قَبْلُ.

قَالَ: (وَمَنْ خَرَجَ مِن بَلَدِهِ حَاجًا، فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ، وَأَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ، يَحُجُّ عَنْهُ، مِن بَلَدِهِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَحُجُّ عَنْهُ مِن حَيْثُ بَلَغَ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ: إِذَا مَاتَ الحَاجُّ عَنْ غَيْرِهِ فِي الطَّرِيقِ. لَهُمَا: أَنَّ السَّفَرَ بِنِيَّةِ الحَجِّ وَقَعَ قُرْبَةً وَسَقَطَ فَرْضُ قَطْعِ المَسَافَةِ بِقَدْرِهِ، وَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ، فَيَبْتَدِئُ مِن ذَلِكَ المَكَانِ كَأَنَّهُ مِن أَهْلِهِ، بِخِلَافِ سَفَرِ التِّجَارَةِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ قُرْبَةً فَيَحُجُّ عَنْهُ مِن بَلَدِهِ ....

قوله: (**أحَجّوا عنه رجلًا من بلده**) وبه قال أحمد، ومالك، والشافعي في قول آخر من الميقات.

قوله: (**على الوجه الذي وجب عليه**) وهو (**راكبًا**)؛ لأنه ثابت عنه، فيجب عليه على الوجه الثاني يجب على المنوب، وفي الواقعات المأمور بالحج لو حج ماشيًا فالحج عن نفسه، وهو ضامن للنفقة؛ لأن الحج المعروف أن يحج راكبًا، فانصرفت الوصية إليه.

قوله: (**من حيث تبلغ**) وبه قال أحمد.

قوله: (**من قبل**) أي: في باب الوصية (**بالعتق**) وهذا الفرق وقع على قول أبي حنيفة رحمه الله بقوله: (وله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة) إلى آخره.

قوله: (**ومن خرج من بلده حاجًّا**) قيد بقوله: (**حاجًّا**)؛ لأنه لو خرج تاجرًا ومات فإنه يحج من بلده بالاتفاق، وإليه أشار بقوله: (**بخلاف سفر التجارة**) إلى

وَلَهُ: أَنَّ الوَصِيَّةَ تَنْصَرِفُ إِلَى الحَجِّ مِن بَلَدِهِ عَلَى مَا قَرَرْنَاهُ أَدَاءً لِلْوَاجِبِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي وَجَبَ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

آخره. وبقولهما قال أحمد، والشافعي في قول، ثم هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن، فإن لم يكن فمن حيث مات بالاتفاق؛ لأنه لو تجهز بنفسه للحج إنما يتجهز من حيث هو، فكذا إذا أوصى؛ إذ من لا وطن له فوطنه حيث حل، ولو حجُّوا عنه من موضع آخر فإن كان ذلك الموضع أقرب إلى مكة فهم ضامنون، وإن كان أبعد لا؛ لأن في الأول لا يحصل مقصوده على وجه الكمال، والإطلاق يقتضي ذلك، وفي الثاني حصل مقصوده وزيادة.

قوله: (وله أن الوصية) إلى آخره. في المبسوط، والأسرار: لأبي حنيفة وجهان:

أحدهما: أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**كلُّ عَملِ ابنِ آدمَ ينقطِعُ بموتِهِ إلّا ثلاثةٌ**»، والخروج للحج ليس من الثلاثة فينقطع بالموت.

والثاني: أن خروجه إنما يكون قربة بطريق أنه يتوصل إلى أداء الحج، وقد تبين أن هذا الخروج ما كان موصله إليه، بل ظهر أن هذا سفر موته لا سفر الحج، كما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**إذا أرادَ اللهُ تَعالَى قبضَ روحِ عبدٍ بأرضٍ جعلَ لهُ إليها حاجةً**»، فكان هذا في المعنى، وخروجه للتجارة سواء، ثم هناك يحج عنه من وطنه فكذا هاهنا.

وهذا بخلاف ما لو أطعم بعض المساكين في الكفارة ومات، فأوصى حيث لا يجب الاستئناف، بل يجب الإكمال بما بقي بالاتفاق؛ لأن سفر الحج لا يقبل التجزؤ في حق الآمر بدليل أن المأمور الأول لو بدا له أن لا يحج بنفسه بعدما مشى بعض الطريق وفوض الأمر إلى غيره برضا الوصي لا يجوز، ولزمه رد ما أنفقه.

وأما الإطعام فإنه يقبل التجزؤ، حتى إن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض وترك، ثم أمر غيره يجزيه، كذا في الأسرار.

وقوله: (على ما قررنا) إشارة إلى قوله: **(ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده راكبًا)**[1] إلى آخره.

---

(١) انظر المتن ص ٨١٨.

بَابُ الوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِجِيرَانِهِ، فَهُمُ المُلَاصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هُمُ المُلَاصِقُونَ وَغَيْرُهُمْ مِمَّنْ يَسْكُنُ مَحَلَّةَ المُوصِي، وَيَجْمَعُهُمْ مَسْجِدُ المَحَلَّةِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَقَوْلُهُ قِيَاسٌ، لِأَنَّ الجَارَ مِنَ المُجَاوَرَةِ، وَهِيَ المُلَاصَقَةُ حَقِيقَةً، وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِهَذَا الجِوَارِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا صَرَفَهُ إِلَى الجَمِيعِ يُصْرَفُ إِلَى أَخَصِّ الخُصُوصِ، وَهُوَ المُلَاصِقُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ هَؤُلَاءِ كُلَّهُمْ يُسَمَّوْنَ جِيرَانًا عُرْفًا، وَقَدْ تَأَيَّدَ بِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا صَلَاةَ لِجَارِ المَسْجِدِ إِلَّا فِي المَسْجِدِ» وَفَسَّرَهُ بِكُلِّ

بَابُ الْوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ

أَخَّر هذا الباب لما فيه من ذكر أحكام وصية خاصة بباب خاص معين، وكان كالجزئي من الكلي، والفرع من الأصل، وكان مؤخرًا.

قوله: (يجمعهم مسجد المحلة) حتى لو كان في المحلة مسجدين صغيرين متقاربين ويجمع الجيران.

وقال الشافعي، وأحمد، والأوزاعي: هم أهل أربعين [٢/ ٥٣٠/ب] دارًا من كل جانب، وفي الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الأفخاذ؛ لما روى أبو هريرة أنه عليه الصلاة السلام قال: **«الجارُ أربعونَ دارًا هَكَذا وهَكَذا وهَكَذا وهَكَذا»**.

وفي المغني لابن قدامة: وهذا نص إن صح وإلا فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك إلى العرف.

قوله: (وقوله قياس) أي: قول أبي حنيفة، وهو قول زفر؛ لأن الجار أحق بسقبه، والمراد هو الملازق.

(ولأنه لما تعذر صرفه)(١) أي صرف لفظ الجار **(إلى الجميع)**، ألا ترى أنه لا يدخل فيها جار المحلة، وجار الأرض، وجار القرية، صرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق.

---

(١) تقدم في المتن: (ولأنه لما صرفه).

مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ، وَلِأَنَّ المَقْصِدَ بِرُّ الجِيرَانِ وَاسْتِحْبَابُهُ يَنْتَظِمُ المُلَاصِقَ وَغَيْرَهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِن الِاخْتِلَاطِ، وَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ المَسْجِدِ، وَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ ﷺ: الجِوَارُ إِلَى أَرْبَعِينَ دَارًا بَعِيدٌ، وَمَا يُرْوَى فِيهِ ضَعِيفٌ. قَالُوا: وَيَسْتَوِي فِيهِ السَّاكِنُ وَالمَالِكُ، وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى، وَالمُسْلِمُ والذِّمِّيُّ، لِأَنَّ اسْمَ الجَارِ يَتَنَاوَلُهُمْ، وَيَدْخُلُ فِيهِ العَبْدُ السَّاكِنُ عِنْدَهُ، لِإِطْلَاقِهِ، وَلَا يَدْخُلُ عِنْدَهُمَا، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لَهُ وَصِيَّةٌ لِمَوْلَاهُ، وَهُوَ غَيْرُ سَاكِنٍ.

قوله: (ينتظم الملاصق وغيره) وهو المقابل فإن برَّ المقابل مقصود كالملاصق غير أنه لا بد من اختلاط وذلك أي الاختلاط عند اتحاد المسجد وإذا اختلف المسجد زال الاختلاط.

قوله: (وما يروى فيه ضعيف)، وإليه أشار ابن قدامة كما ذكرنا، وقال في شرح الأقطع: هذا خبر لا يعرف، وقد طعن في رواته مع ذلك.

قوله: (ويستوي فيه الساكن والمالك) إلى آخره، قال محمد في الزيادات: وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السلطان من الجيران المتلازقين، وإن كانوا لا يملكون المسكن، ومن كان مالكًا ولم يكن ساكنا لا يدخل.

قال أبو بكر بن شاهويه: فهذه كرخدانية مِنْ مُحَمَّدٍ فِي مَذْهَبِ أبي حنيفة، وليس كذلك، فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة، وهو للملّاك دون السكان.

قوله: (ويدخل فيه العبد الساكن عنده) إلى آخره.

وذكر في الزيادات، والمحيط: ولا يدخل فيه العبيد والإماء والمدبّرون وأمهات الأولاد؛ لأنهم لا جوار لهم؛ لأنهم أتباع في السكنى، والمكاتب يدخل [من غير][1] ذكر خلاف.

وفي الذخيرة، والإيضاح: والأرملة تدخل؛ لأن سكناها مضاف إليها، والتي هي ذات بعل لا تدخل؛ لأن سكناها غير مضاف إليها، فلم تكن جارًا حقيقةً.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَصْهَارِهِ، فَالوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن امْرَأَتِهِ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمَّا تَزَوَّجَ صَفِيَّةَ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ مَلَكَ مِن ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا إِكْرَامًا لَهَا» وَكَانُوا يُسَمَّوْنَ أَصْهَارَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ. وَهَذَا التَّفْسِيرُ اخْتِيَارُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي عُبَيْدَةَ، وَكَذَا يَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن زَوْجَةِ أَبِيهِ، وَزَوْجَةِ ابْنِهِ، وَزَوْجَةِ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، لِأَنَّ الكُلَّ أَصْهَارٌ. وَلَوْ مَاتَ المُوصِي وَالمَرْأَةُ فِي نِكَاحِهِ، أَوْ فِي عِدَّتِهِ مِن طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ، فَالصِّهْرُ يَسْتَحِقُّ الوَصِيَّةَ، وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِن طَلَاقٍ بَائِنٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا، لِأَنَّ بَقَاءَ الصِّهْرِيَّةِ بِبَقَاءِ النِّكَاحِ، وَهُوَ شَرْطٌ عِنْدَ المَوْتِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَخْتَانِهِ، فَالوَصِيَّةُ لِزَوْجِ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، وَكَذَا مَحَارِمُ الأَزْوَاجِ) لِأَنَّ الكُلَّ يُسَمَّى خَتَنًا. قِيلَ: هَذَا فِي عُرْفِهِمْ. وَفِي عُرْفِنَا: لَا يَتَنَاوَلُ

قوله: (لأصهاره) أي: لأقرباء امرأته

وفي الصحاح: الأصهار: أهل بيت المرأة.

قوله: (من زوجة أبيه) أي: أب الموصي، وزوجة ابن الموصي، وزوجة ذي رحم محرم الموصي؛ لأن الكل أصهار لما قلنا من حديث صفية، ولا تدخل فيه زوجته، ولا زوجة أبيه أو ابنه، ولا امرأة أخيه؛ لأن الأصهار من أهل الزوجة.

قوله: (ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه) إلى آخره يعني إنما[1] يدخل في الوصية من كان صهرًا للموصي يوم موته، فإن كانت المرأة منكوحته أو معتدته يوم الموت بطلاق رجعي؛ لأن المعتبر في الوصية حالة الموت؛ وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا تدخل، وإن كانت ترث بأن كان الطلاق في حالة المرض، كذا في المغني.

قوله: (وكذا محارم الأزواج) أي: محارم أزواج كل رحم محرم من الموصي.

---

(١) في الاصل: (بينهما) والمثبت من النسخة الثانية.

الأَزْوَاجُ المَحَارِمَ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الحُرُّ وَالعَبْدُ، وَالأَقْرَبُ وَالأَبْعَدُ، لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ الكُلَّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ، فَهِيَ لِلْأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ مِن كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الوَالِدَانِ وَالوَلَدُ، وَيَكُونُ ذَلِكَ لِلاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ صَاحِبَاهُ: الوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يُنْسَبُ إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الإِسْلَامِ)(*) وَهُوَ أَوَّلُ أَبٍ أَسْلَمَ، أَوْ أَوَّلُ أَبٍ أَدْرَكَ الإِسْلَامَ وَإِنْ لَمْ يُسْلِمْ عَلَى حَسَبِ مَا اخْتَلَفَ

وفي شرح الكافي: الأَخْتَانُ: أزواجُ البنات والأخوات والعمات والخالات، وكذا زوج كل ذي رحم محرم من أزواج هؤلاء، كذا ذكره محمد؛ لأن الكل يسمى ختنًا، هذا في عرفهم، وفي عرفنا لا يتناول أزواج المحارم.

قوله: (ومن أوصى لأقاربه)، وفي الكافي: أو لذي قرابته، أو لذي أرحامه، أو لذي أنسابه، فهي عند أبي حنيفة الأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم، منه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة، وأبي يوسف: أن الجد وولد الولد لا يدخل فيه الوالدان والولد والوارث، ويكون للاثنين فصاعدًا، ويستوي فيه الصغير والكبير، والذكر والأنثى، والمسلم والكافر، وهكذا في المبسوط.

وفيه: عندهما ذو الرحم المحرم وغيره سواء، فكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام، أو أب أدرك الإسلام، سواء أسلم أو لا.

واختلف المشايخ في اشتراط إسلام أقصى الأب، قيل: يشترط، وقيل: لا يشترط، وتفاوت ما بين القولين أن الموصي إذا كان علويًّا فعلى القول الأول أقصى الأب في الإسلام عليّ، فلا يدخل في الوصية عقيل وجعفر، وعلى الطريق الثاني أقصى الأب هو أبو طالب؛ لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم، فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر.

وإليه أشار محمد في الأصل، قال: كل أب يجمعهم منذ كان الإسلام،

(*) الراجح: هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان.

فِيهِ المَشَايِخُ. وَفَائِدَةُ الِاخْتِلَافِ تَظْهَرُ فِي أَوْلَادِ أَبِي طَالِبٍ، فَإِنَّهُ أَدْرَكَ الإِسْلَامَ وَلَمْ يُسْلِمْ. لَهُمَا: أَنَّ القَرِيبَ مُشْتَقٌّ مِن القَرَابَةِ، فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ، فَيَنْتَظِمُ بِحَقِيقَته مَوَاضِعِ الخِلَافِ. وَلَهُ: أَنَّ الوَصِيَّةَ أُخْتُ المِيرَاثِ، وَفِي المِيرَاثِ يُعْتَبَرُ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ، وَالمُرَادُ بِالجَمْعِ المَذْكُورِ فِيهِ اثْنَانِ فَكَذَا فِي الوَصِيَّةِ، ....

وهذا معنى قوله: (وفائدة الاختلاف تظهر) إلى آخره.

وقال الشافعي، وأحمد في رواية: قرابته من قبيل أبيه وأمه الذين ينسبون إلى الأب الأدنى [٢/ ٥٣١/أ] الذي ينسب إليه، ويستوي فيه القريب والبعيد؛ لأنهم قرابته عرفًا.

وقال مالك: قريبه كل من جاز أن يرث دون من لا يرث من ذوي الأرحام، ويقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد.

وقال أحمد في رواية: قريبه أولاده، وأولاد أبيه، وأولاد جده، وأولاد جداته، لا من هو أبعد منهم، ويستوي فيه الذكر والأنثى، والقريب والبعيد حتى لو أوصى لقرابة النبي أعطى أولاده، وأولاد عبد المطلب، وأولاد هاشم، ولم يعطِ بني عبد شمس ولا بني نوفل شيئًا، ولهذا دخلوا في قوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] أولاد هؤلاء دون بني عبد شمس وبني نوفل.

يحمل مطلق كلام الموصي على ما حمل عليه المطلق من كلامه تعالى، وفسر بما فسر به.

وفي مبسوط البزدوي: قول أبي يوسف، ومحمد: إنه كل من ينسب إلى أقصى الأب في الإسلام إنما يستقيم في زمانهما؛ لأن الإسلام في زمانهما قريب، فتكون القرابة بينه وبين أولاد أول أب في الإسلام معلوم، فتكون الوصية لقوم محصورين فيجوز.

فأما اليوم فقد طال العهد في الإسلام، فتكون الوصية لأقوام غير معلومين، فلا يصح، بل يجب أن يصرف ذلك إلى أولاد أبيه، وأولاد جده، وأولاد جداته، وإلى أولاد أمه، وأولاد جدته وجدة أمه؛ لأن هذا القدر معلوم.

قوله: (والمراد بالجمع المذكور فيه) أي: عقد الوصية (اثنان) خلافًا

وَالمَقْصِدُ مِن هَذِهِ الوَصِيَّةُ تَلَاقِي مَا فَرَّطَ فِي إِقَامَةِ وَاجِبِ الصِّلَةِ، وَهُوَ يَخْتَصُّ بِذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ مِنْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ قَرَابَةُ الوِلَادِ، فَإِنَّهُمْ لَا يُسَمَّوْنَ أَقْرِبَاءَ، وَمَنْ سَمَّى وَالِدَهُ قَرِيبًا كَانَ مِنْهُ عُقُوقًا، وَهَذَا لِأَنَّ القَرِيبَ فِي عُرْفِ اللِّسَانِ مَنْ يَتَقَرَّبُ إِلَى غَيْرِهِ بِوَسِيلَةِ غَيْرِهِ، وَتَقَرُّبُ الوَالِدِ وَالوَلَدِ بِنَفْسِهِ لَا بِغَيْرِهِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ بَعْدَ

للشافعي وأحمد، فإن الجميع يدخل في الوصية إذا كانوا معلومين، ولا يصرف إلى الثلاثة عملًا بلفظ الجمع.

قوله: (والمقصد من هذه الوصية) أي: المقصود منها (تلاقي ما فرط) إلى آخره يعني يستحق الوصية من يختص بواجب الصلة؛ لأن صلة ذي الرحم المحرم واجب دون غيره بالإجماع.

ولهذا لا يجوز الرجوع في هبته، ويستحق النفقة دون غيره، فيستحق ذو الرحم المحرم بحقيقة أن قرابة غير ذي الرحم المحرم ليس بثابت من وجه، فإن في حرمة المناكحة استحقاق النفقة، والرجوع في الهبة كالأجانب، وتعتبر قرابته في حكم الميراث، فكانت قرابته ثابتة من وجه دون وجه، فلا يدخل في مطلق الاسم، كما أن الصلاة عند الإطلاق لا يتناول صلاة الجنازة.

واعتبار الأقرب فالأقرب؛ لأن الصلة في حق الأقرب أوجب، ويشترط كون الأقرب غير وارث له؛ لأن مقصود الموصي تصحيح وصيته، ولا وصية للوارث شرعًا، واعتبار المثنى فصاعدًا بخلاف ما لو قال: لذي قرابتي، فصيغة اللفظ هنا تتناول الواحد فصاعدًا، كذا في المبسوط.

قوله: (ولا يدخل فيه قرابة الولاد) وقال الشافعي، وأحمد في رواية: يدخل الوالد والولد، وهو القياس؛ لأن كل من يتصل بغير واسطة إليه كان أقرب ممن يتصل بواسطة.

وقلنا: لا يسمى الوالد قريبًا عرفًا.

وفي الخبر: من سمى والده قريبًا فقد عَقَّهُ، وقد عطف الله تعالى الأقربين على الوالدين في قوله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، ويعطف الشيء على غيره حقيقة، فعرف أن القريب في لسان الناس من يتقرب إلى غيره بواسطة، كذا في المبسوط.

قوله: (ولا معتبر بظاهر اللفظ) إلى آخره جواب عن قولهما: إن القريب

انْعِقَادِ الإِجْمَاعِ عَلَى تَرْكِهِ، فَعِنْدَهُ يُقَيَّدُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَعِنْدَهُمَا: بِأَقْصَى الأَبِ فِي الإِسْلَامِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بِالأَبِ الأَدْنَى.

قَالَ: (وَإِذَا أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ، وَلَهُ عَمَّانِ وَخَالَانِ: فَالوَصِيَّةُ لِعَمَّيْهِ) عِنْدَهُ، اعْتِبَارٌ لِلْأَقْرَبِ كَمَا فِي الإِرْثِ، وَعِنْدَهُمَا: بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا، إِذْ هُمَا لَا يَعْتَبِرَانِ الأَقْرَبَ (وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَخَالَيْنِ، فَلِلْعَمِّ نِصْفُ الوَصِيَّةِ، وَالنِّصْفُ لِلْخَالَيْنِ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن اعْتِبَارِ

مشتق من القرابة؛ فيكون اسمًا لمن قامت به.

وفي شرح الأقطع: قولهما: إن القرابة سبب الاستحقاق في الاسم المشتق كما لو أوصى لبني فلان غير مستقيم؛ لأن تَعلُّقَ الاستحقاق باسم القريب مخالف الإجماع.

(فعنده) أي عند أبي حنيفة (يقيد بما ذكرناه) وهو الأقرب **(وعندهما بأقصى أب في الإسلام)**.

وعند الشافعي بالأب الأدنى، وما خالف الإجماع لا يصح.

قوله: (وعندهما بينهما أرباعًا)، وبه قال الشافعي، وأحمد.

وعند أبي حنيفة: إذا كان للموصي ولد يحرز الميراث فالثلث لعميه؛ لأنهما أقرب إليه من الخالين ولهذا ينفذ ما في الميراث على الحالين، فبالعمومة يستحق العصوبة، وأقوى ما يستحق بالقرابة العصوبة.

قوله: (فللعم نصف الوصية)؛ لأنه إذا كان العم اثنين، وكل الوصية لهما، فعلم أن الواحد يستحق النصف.

فإن قيل: يلزم من هذا أن نصيبه مع المزاحم كنصيبه مع غير المزاحم، وليس كذلك، فإن نصيبه قد يكون الثلث أو الربع إذا كان ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام.

قلنا الاعتبار لأدنى الجمع وغيره ساقط؛ لتعذر اعتباره، وأدنى الجمع في الوصية اثنان، النصف للعم، والنصف [٢/ ٥٣١/ب] للخالين؛ لأن العم إذا استحق النصف ولم يبق له حق في الزيادة صار وجوده فيها كعدمه، وعلى قولهما الثلث بينهم أثلاثًا؛ لاستواء الكل، كذا في المبسوط.

مَعْنَى الجَمِيعِ، وَهُوَ الاِثْنَانِ فِي الوَصِيَّةِ كَمَا فِي المِيرَاثِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِذِي قَرَابَتِهِ، حَيْثُ يَكُونُ لِلْعَمِّ كُلُّ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّ اللَّفْظَ لِلْفَرْدِ، فَيُحْرِزُ الوَاحِدُ كُلَّهَا، إِذْ هُوَ الأَقْرَبُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ: فَلَهُ الثُّلُثُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَوْ تَرَكَ عَمًّا وَعَمَّةً، وَخَالًا وَخَالَةً: فَالوَصِيَّةُ لِلْعَمِّ وَالعَمَّةِ بَيْنَهُمَا بِالسَّوِيَّةِ، لِاسْتِوَاءِ قَرَابَتِهِمَا وَهِيَ أَقْوَى، وَالعَمَّةُ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَارِثَةً فَهِيَ مُسْتَحِقَّةٌ لِلْوَصِيَّةِ، كَمَا لَوْ كَانَ القَرِيبُ رَقِيقًا أَوْ كَافِرًا، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى لِذَوِي قَرَابَتِهِ، أَوْ لِأَقْرِبَائِهِ، أَوْ لِأَنْسِبَائِهِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ لَفْظُ جَمْعٍ، وَلَو انْعَدَمَ المَحْرَمُ، بَطَلَت الوَصِيَّةُ لِأَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِهَذَا الوَصْفِ. قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِ فُلَانٍ فَهِيَ عَلَى زَوْجَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وَقَالَا: يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَتَضُمُّهُمْ نَفَقَتُهُ(*)، اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ، وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِالنَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف: ٩٣] وَلَهُ: أَنَّ اسْمَ الأَهْلِ حَقِيقَةٌ

وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله: لا بد من اعتبار معنى الجمع.

قوله: (وهو[1] أقوى) أي: قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤولة وقد بيناه.

قوله: (أو كافرًا) خلافًا لأحمد، فإن الكافر لا يدخل عنده في رواية؛ لأنه لم يدخل في المستحق من قربى النبي ﷺ.

وقلنا: الوصية للكافر صحيحة فيدخل، وإنما لم يدخل في قرابة النبي ﷺ؛ لأنهم يستحقون باعتبار النصرة، ولا يوجد ذلك في الكافر.

قوله: (لأنسبائه) جمع النسيب، كالأنصباء جمع النصيب، وفي بعض النسخ: **(لأنسابه في جميع ما ذكرنا)** من الوفاق والخلاف.

قوله: (بطلت الوصية)؛ لأن الوصية عنده لذي رحم محرم، فإذا لم يكن كانت للمعدوم فيبطل، وتضمهم نفقته اعتبارًا للعرف، لكن لا تدخل مماليكه، وإن [كان][2] يضمهم نفقته، ذكره في المغني؛ إذ الأهل لا يطلق على المماليك عرفًا.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في النسخة الثانية والمتن: (وهي).

(٢) مثبتة من النسخة الثانية.

فِي الزَّوْجَةِ، يَشْهَدُ بِذَلِكَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ﴾ [القصص: ٢٩] وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ: تَأَهَّلَ بِبَلْدَةِ كَذَا، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلَى الحَقِيقَةِ. قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى لِآلِ فُلَانٍ، فَهُوَ لِأَهْلِ بَيْتِهِ) لِأَنَّ الآلَ القَبِيلَةُ الَّتِي يُنْسَبُ إلَيْهَا، وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ بَيْتِ فُلَانٍ: يَدْخُلُ فِيهِ أَبُوهُ وَجَدُّهُ، لِأَنَّ الأَبَ أَصْلُ البَيْتِ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ نَسَبِهِ، أَوْ لِجِنْسِهِ: فَالنَّسَبُ عِبَارَةٌ عَمَّنْ يُنْسَبُ إلَيْهِ، وَالنَّسَبُ يَكُونُ مِن جِهَةِ الآبَاءِ، وَجِنْسُهُ أَهْلُ بَيْتِ أَبِيهِ دُونَ أُمِّهِ، لِأَنَّ الإِنْسَانَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ، بِخِلَافِ قَرَابَتِهِ، حَيْثُ تَكُونُ مِن جَانِبِ

قوله: (والمطلق ينصرف إلى الحقيقة) لغة وعرفًا، أما الأهل في قوله تعالى: ﴿وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف:٩٣] عما تضمهم النفقة، وفيه تأمل.

ولو قال لأهل بيت فلان أولًا لا[1] يدخل فيه أبوه وجده وإن علا.

وعن أحمد أن أهل البيت بمنزلة قوله: لقرابته؛ لأنه ﷺ قال: «**لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِي وَلَا لِأَهْلِ بَيْتِي**» فجعل سهم ذوي القربى لهم عوضًا من الصدقة التي حرمت عليهم، فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة.

وقلنا: في الوصية تعتبر الحقيقة والعرف، ولو قال: لنسبه أو لحسبه يدخل فيه كل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام، الأقرب والأبعد فيه سواء، وكذا الذكر والأنثى، والكبير والصغير، والكافر والمسلم، ولا يدخل فيه أولاد البنات، وأولاد الأخوات، ولا أحد من قرابة أم الموصي؛ لأنهم لا ينسبون إلى أبي الموصي الأكبر، ولا يدخل الأب الأكبر لو كان حيًّا؛ لأن الوصية للمضاف لا للمضاف إليه، وإنما ينسبون إلى آبائهم فكانوا من جنس آخر ومن أهل بيت آخر.

(**لأن الإنسان يتجنس بأبيه**) أي: يتخذ الجنس من أبيه، إذ الجنس عبارة عن النسب، والنسب من جانب الأب لا من جانب الأم، فإن إسماعيل عليه السلام كانَ مِنْ هاجَر وكان من جنس قوم أبيه، وإبراهيم ابن النبي ﷺ كان من

---

(١) في الأصل والنسخة الثانية: (له)، والمثبت من النسخة الثانية.

الأُمِّ وَالأَبِ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَيْتَامِ بَنِي فُلَانٍ، أَوْ لِعُمْيَانِهِمْ، أَوْ لِزَمْنَاهُمْ، أَوْ لِأَرَامِلِهِمْ إِنْ كَانُوا قَوْمًا يُحْصَوْنَ، دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ، فُقَرَاؤُهُمْ وَأَغْنِيَاؤُهُمْ، ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ،

جنس قريش، وكذا أولاد الخلفاء من الإماء يصلحون للخلافة، كذا في المبسوط.

قوله: **(ولو أوصى لأيتام [بني][١] فلان) إلى قوله: (إن كانوا قومًا يحصون).**

اليتيم: صغير لا أبَ له؛ لقوله ﷺ: «**لا يُتْمَ بعدَ الحُلُمِ**»، ولأن اليتم عبارة عن الانفراد، يقال: درة يتيمة، أي: لا نظير [لها][٢] فهي مفردة.

وفي الجامع الكبير لشمس الأئمة: فإن قيل: أليس أن الكفار يسمون رسول الله ﷺ يتيم أبي طالب؟

قلنا: هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام؛ فإنهم كانوا يسبون اليتيم، فهو ليس بيتيم فلا يتناوله سبهم، كما يسمونه مذممًا[٣] وهو ليس كذلك بل كان محمدًا ﷺ.

ثم يدخل فيه الغنى والفقر هاهنا، وبه قال الشافعي في وجه وأحمد، وقال الشافعي في وجه: لا يدخل الغنى؛ لأن المقصود من الوصية سَدُّ خَلَّة المحتاج.

والأرامل: جمع أرملة، وهي من لا زوج لها من النساء، يقال: أَرمَلَ القومُ: إذا نفد زادهم وصاروا محتاجين، ومن لا زوجة له من الرجال يدخل فيه، وقال الشافعي في وجه والشعبي وإسحاق: يدخل، وعند أكثر أهل العلم لا يدخل، قال الشعبي: هذا اللفظ يطلق على الذَّكَر لغةً، قال الشاعر[٤]:

هذي الأراملُ قد قضَّيتَ حاجَتَها ... فَمَنْ لحاجةِ هَذا الأرمَلِ الذَّكرِ

---

(١) مثبتة من المتن.

(٢) مثبتة من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (يسبونه مذقما) والمثبت من النسخة الثانية.

(٤) البيت من البسيط، وهو لجرير في لسان العرب ١١/ ٢٩٧ (رمل)؛ ومقاييس اللغة ٢/ ٤٤٢؛ ومجمل اللغة ٢/ ٤٢٢؛ وكتاب العين ٨/ ٢٦٦؛ وأساس البلاغة (رمل)؛ وتاج العروس (رمل).

لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ التَّمْلِيكِ فِي حَقِّهِمْ، وَالوَصِيَّةُ تَمْلِيكٌ. وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ، فَالوَصِيَّةُ فِي الفُقَرَاءِ مِنْهُمْ، لِأَنَّ المَقْصُودَ مِن الوَصِيَّةِ القُرْبَةُ، وَهِيَ فِي سَدِّ الخَلَّةِ، وَرَدِّ الجَوْعَةِ.

وَهَذِهِ الأَسَامِي تُشْعِرُ بِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ، فَجَازَ حَمْلُهُ عَلَى الفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِشُبَّانِ بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ، أَوْ لِأَيَامَى بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ،

قلنا: المعروف من كلام الناس أنه النساء، وفي الشعر إطلاقه بطريق المجاز، ولهذا وصفه بالذكر، والشيء لا يوصف بنفسه، ولئن كان حقيقة فقد هجرت الحقيقة بالعرف كما في سائر الحقائق العرفية.

ثم حد الإحصاء عن أبي يوسف أن لا يحصون بكتاب ولا حساب، فهم لا يحصون.

وقيل: بحيث لا يحصاهم المحصي حتى يلد فيهم مولود أو يموت فيهم أحد، فإنهم لا يحصون. وقال محمد: إذا كانوا أكثر من مائة لا يحصون.

وقال بعضهم: هو مفوض إلى رأي القاضي، وعليه الفتوى، والأيسر [٢/ ٥٣٢/أ] ما قاله محمد، كذا في فتاوى قاضي خان.

وعند الأئمة الثلاثة: الوصية للكل سواء كانوا يحصون أو لا، ويدخل فيهم الأغنياء والفقراء.

قوله: (لِشُبَّانِ بني فلان) إلى آخره. في الصحاح: الشُّبَّانُ: جمع شابٍّ، والأَيَامَى: جمع أَيِّمٍ.

وفي الإيضاح: قال أبو يوسف: لو أوصى لشبان بني فلان أو لكهولهم أو لشيوخهم، فالشباب: من خمسة عشر إلى خمسين سنة إلى أن يغلب عليهم الشَّمَطُ.

والكَهْل: من ثلاثين إلى آخر[١] عمره، والشيخ: ما زاد على خمسين سنة، فجعل أبو يوسف الشيخ والكهل سواء فيما زاد على الخمسين.

---

(١) في الأصل: (آخره)، والمثبت من النسخة الثانية والثالثة.

حَيْثُ تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّفْظِ مَا يُنْبِئُ عَنِ الحَاجَةِ، فَلَا يُمْكِنُ صَرْفُهُ إِلَى

وعن محمد، الغلام: ما كان له أقل من خمس عشرة[1] سنة، والفتى: من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك، والكهل: إذا بلغ أربعين فزاد عليه ما بين خمسين إلى ستين، إلى أن يغلب عليه الشيب حتى يكون شيخًا.

وعند أكثر أهل العلم، الكهل: ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين، فإذا جاوز خمسين يكون شيخًا إلى أن يموت.

ثم لفظ الأَيِّم يطلق على الأنثى والذكر، ولكن في الوصية لا يدخل كما في الأرملة، حتى قيل إنهما اسمان مترادفان، وبه قال الشافعي في الأظهر، ومالك وأحمد.

وقال الكرخي من أصحابنا: يدخل الرجل في الوصية أيضًا، وبه قال الشافعي في وجه، وبعض أصحاب أحمد.

ثم في لفظ الشبان والأيامى إنما تصح الوصية عندنا إذا كانوا قومًا يحصون، وتبطل الوصية إذا كانوا لا يحصون، وبه قال الشافعي في قول.

وقال أحمد والشافعي في وجه: تجوز الوصية لهم وإن كانوا لا يحصون، ويدفع إلى واحد منهم عند أحمد.

وعند الشافعي: إلى ثلاثة منهم؛ لأنه أقل الجمع، وكذا الخلاف في الوصية لقبيلة عظيمة لا يحصون، أو قوم لا يحصون.

قوله: (**لأنه**) الضمير للشأن (**ليس في اللفظ**) أي: في لفظ الشبان والأيامى (**ما ينبئ عن الحاجة**) إذ التَّأَيُّم: هو البعد عن الزوج، سواء كانت بكرًا أو ثيِّبًا، وهو لا ينبئ عن الحاجة، وإذا لم ينبئ عن الحاجة لم تكن القربى فيها مقصودة، بل كان المقصود هو التمليك، ولا يمكن تمليك الكل؛ للجهالة الفاحشة، كما إذا أوصى لبني آدم أو لأهل الدنيا، بخلاف لفظ الأرامل؛ فإن اللفظ ينبئ عن الحاجة؛ لأن معنى أَرْمَلَ: افتقر، يقال: أَرْمَلَ القومُ: إذا نفد زادهم وصاروا محتاجين.

(١) في النسختين: (خمسة عشر) والمثبت الصواب.

الفُقَرَاءِ، وَلَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ تَمْلِيكًا فِي حَقِّ الكُلِّ لِلْجَهَالَةِ المُتَفَاحِشَةِ، وَتَعَذَّرَ الصَّرْفُ إِلَيْهِمْ، وَفِي الوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ وَالمَسَاكِينِ يَجِبُ الصَّرْفُ إِلَى اثْنَيْنِ مِنْهُمْ، اعْتِبَارًا لِمَعْنَى الجَمْعِ، وَأَقَلُّهُ اثْنَانِ فِي الوَصَايَا عَلَى مَا مَرَّ.

وَلَوْ أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ، يَدْخُلُ فِيهِمْ الإِنَاثُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: أَوَّلُ قَوْلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا، لِأَنَّ جَمْعَ الذُّكُورِ يَتَنَاوَلُ الإِنَاثَ، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ خَاصَّةً، لِأَنَّ حَقِيقَةَ الِاسْمِ لِلذُّكُورِ، وَانْتِظَامُهُ لِلْإِنَاثِ تَجَوُّزٌ، وَالكَلَامُ لِحَقِيقَتِهِ،

وسميت الأرامل للنساء اللاتي لا زوج لهن أو مات عنهن الزوج؛ لأن زادهن - وهو النفقة - نفد، وصرن محتاجين إلى النفقة، ولهذا لفظ الأرملة يختص بالنساء عرفًا وشرعًا؛ لما أن الرجل لم ينفد زاده مدة الفرقة؛ إذ ليس عليها شيء من زاده فلا يكون أرمل، إليه أشار شمس الأئمة السرخسي في الجامع الكبير، وإليه أشار في المغرب أيضًا.

وفي المبسوط: فإذا لم يكن فيه ما ينبئ عن الحاجة كان المقصود هو التمليك، وجهالة التمليك مانعة لصحة التمليك؛ إذ الصرف إلى الكل غير ممكن، وليس بعضهم بأولى من بعض، فكانت الوصية باطلة.

أما إذا كان الاسم ينبئ عن الحاجة كالفقير والمسكين تصح الوصية؛ لأن المقصود منها إزالة الحاجة وجهة القربة ولو كانت الوصية لجهة القربة صار المراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له فلم يكن للجهالة فيه تصور وكان هذا والوصية في الصدقة المطلقة سواء.

قوله: (يجب الصرف إلى اثنين)، وعند الشافعي إلى ثلاثة؛ لأنه أقل الجمع، وعند أحمد إلى الواحد كما في الزكاة وقد ذكرناه.

قوله: (يتناول الذكور خاصة)، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وأكثر أهل العلم.

وقال أبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور، والثوري، والحسن، وإسحاق: لفظ البنين يتناول الذكور والإناث، وإن كن بنات بلا ذكر لا شيء لهن بلا خلاف، ويدخل الإناث فيه إذا كان المراد اسم قبيلة أو فخذ بلا خلاف.

قوله: (وانتظامه للإناث تجوز)، ألا ترى أنه يصح أن ينفى اسم البنين عن

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَنُو فُلَانٍ اسْمَ قَبِيلَةٍ، أَوْ فَخِذٍ، حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الذُّكُورَ وَالإِنَاثَ، لِأَنَّهُ لَيْسَ يُرَادُ بِهَا أَعْيَانُهُمْ، إِذْ هُوَ مُجَرَّدُ الِانْتِسَابِ كَبَنِي آدَمَ، وَلِهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوْلَى العَتَاقَةِ وَالمُوَالَاةُ وَحُلَفَاؤُهُمْ.

البنات، ولا يصح في الذكور، فلو تناولهما معًا يكون جمعًا بين الحقيقة والمجاز.

فإن قيل: خطاب الذكور يتناول الإناث بالإجماع مع أن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان.

قلنا: خطاب التكليف دل على أن المراد العقلاء؛ إذ التكليف مبني على العقل، فيتناولهم عموم المجاز، أما هاهنا لم يدل على العموم دليل بل دل على الخصوص[1]، وهو أن الموصي لم يقل: لأولاد فلان، بل قال: لبني فلان.

قوله: (فلهذا يدخل فيه موالي العتاقة) أي: الفقراء [٢/ ٥٣٢/ ب] منهم.

قال الإمام السرخسي في الجامع الكبير: يدخل في بني فلان موالي عتاقة فقراء، وموالي أسلموا على أيديهم ووالوهم، وفقراء موالي الموالي، وعديدهم تقسم الوصية بين من تعذر عليهم من فقرائهم.

والحليف: اسم من يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون على التناصر.

والعديد: من يعد نفسه منهم، و[هم][2] وعدوا لذلك[3] من غير حلف، وإنما دخل الكل؛ لأن الإيجاب هاهنا تعلق بالنسبة إلى القبيلة، وهم في هذه سواء للتناصر بهذه الأسباب، يؤيده قوله ﷺ: «**مَوْلَى القومِ مِنهُم وحَليفُهُم مِنهُم**»، وفي هذه النسبة حقيقة النسب منقطع بالامتداد، كما يقال إنه من بني آدم، وينسبون كلهم [إلى][4] آدم بالنسبة لا بالنسب، بخلاف ما إذا قال: لبني فلان إلى الأولاد؛ لأن حقيقة النسب متصل غير منقطع، فيتعلق الاستحقاق بحقيقة النسب، فلا يدخل الموالي.

---

(١) في الأصل: (الحصود) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (لذيك) والمثبت من النسخة الثانية.

(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِوَلَدِ فُلَانٍ فَالوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ، وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ) لِأَنَّ اسْمَ الوَلَدِ يَنْتَظِمُ الكُلَّ انْتِظَامًا وَاحِدًا.

(وَمَنْ أَوْصَى لِوَرَثَةِ فُلَانٍ فَالوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) لِأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَى لَفْظِ الوَرَثَةِ آذَنَ ذَلِكَ بِأَنَّ قَصْدَهُ التَّفْضِيلَ كَمَا فِي المِيرَاثِ. وَمَنْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ، وَلَهُ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ، وَمَوَالٍ أَعْتَقُوهُ: فَالوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ: إِنَّ الوَصِيَّةَ لَهُمْ جَمِيعًا، وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: أَنَّهُ يُوقَفُ حَتَّى يُصَالِحُوا. لَهُ: أَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ، لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمْ يُسَمَّى مَوْلًى فَصَارَ

قوله: (ومن أوصى لولد فلان) دخل الذكر والأنثى، ولا يعلم فيه خلاف، وهل يدخل ولد الولد؟

قالوا إذا ثبتت قرينة تدل على[1] دخولهم دخلوا، فإن لم يكن لفلان إلا أولاد، أو قال الموصي: ولا يعطى لولد البنات، أو قال: إلا ولد فلان، أو قال: فضلوا ولد فلان على غيرهم.

أما إذا انتفت القرينة لا يدخل ولد الولد؛ لأن الولد حقيقة عبارة عن ولد الصلب، ولا يلزم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء:١١] أي: يورثكم، ثم ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية؛ لأنه دخل في الميراث مع البنت بدليل آخر، وهو أنه عصبة على ما ذكر في الفرائض، فكان دخوله بقرينة.

قوله: (ومن أوصى لورثة) إلى قوله: (فالوصية باطلة)، وهو ظاهر الرواية، وبه قال الشافعي في قول.

وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الوصية لهم جميعًا، وهو قول زفر، وأحمد، والشافعي في قول.

وقال أبو ثور: الكل يدخلون في الوصية، ولكن يقرع بينهما؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

كَالإِخْوَةِ. وَلَنَا: أَنَّ الجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ، لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يُسَمَّى مَوْلَى النِّعْمَةِ، وَالآخَرَ مُنْعَمٌ عَلَيْهِ، فَصَارَ مُشْتَرَكًا، فَلَا يَنْتَظِمُهُمَا لَفْظٌ وَاحِدٌ فِي مَوْضِعِ الإِثْبَاتِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ مَوَالِيَ فُلَانٍ، حَيْثُ يَتَنَاوَلُ الأَعْلَى وَالأَسْفَلَ، لِأَنَّهُ مَقَامُ النَّفْيِ وَلَا تَنَافِي فِيهِ، ....

وقال أحمد، وزفر: إن الاسم يتناولهم، فصار كما لو أوصى لأخويه، وله إخوة مختلفون[1] من الأب والأم.

وقول أبي ثور: (يقرع؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر) غير صحيح؛ لأن بالتعميم يحصل التعيين، وإمكان العمل.

وقال الشافعي في قول: الوصية للأعلى؛ لأنه أقوى بدليل أنهم عصبة بخلاف الأسفل، وهو رواية عن أبي يوسف.

وعنه في قول: يوقف[2] الأمر حتى يصطلحوا؛ لأن الوصية لا تخرج عنهما، وكل واحد يمكن أن يكون مقصودًا، ولا ترجيح، فإذا اصطلحوا أخذوها.

ولنا: أن اسم المولى مشترك بين الأعلى والأسفل، ولا عموم له، كما بين في الأصول ولا لأحدهما؛ لأن الجهة مختلفة، فقد يكون مقصود الموصي مجاراة النعمة بخلاف لفظ الإخوة؛ لأنه يتناول المختلفين في الجهة باعتبار اسم الأخوة، وهو المجاورة في الرحم، أو الصلب، وهو عام وإن اختلفت جهاته لا مشتركًا.

أما المولى يطلق على الأعلى باعتبار معنى الإنعام؛ لأنه مُنعِم، وعلى الأسفل باعتبار أنه مُنعَم عليه، ولا عموم له؛ لأن العام ما يشمل الأفراد باعتبار معنى واحد.

قوله: (لأنه) أي: قوله: لا أكلم موالي فلان **(مقام النفي ولا تنافي فيه)** يعني لا تنافي في عموم النفي في المختلفين إذ نفي المختلفين في محل واحد لا

---

(١) في النسختين: (مختلفين) والصواب المثبت.
(٢) في الأصل: (يوقر) والمثبت من النسخة الثانية.

وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الوَصِيَّةِ مَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ، وَلَا يَدْخُلُ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ، لِأَنَّ عِتْقَ هَؤُلَاءِ يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ، وَالوَصِيَّةُ تُضَافُ إِلَى حَالَةِ المَوْتِ، فَلَا بُدَّ مِن تَحَقُّقِ الِاسْمِ قَبْلَهُ.

يستحيل وفي الإثبات يستحيل ألا ترى أن اجتمع الحنطة والشعير في معيار واحد مستحيل في حالة واحدة ولا يستحيل انتفاؤهما وكذا في اليوم الواحد يستحيل اجتماع صومين مختلفين أما انتفاؤهما لا يستحيل فيصح أن يقال: لا يوجد فيه صوم فرض ولا نفل.

فإن قيل: سلمنا أن لفظ المولى مشترك، ولكن يمكن ترجيح الأعلى، كما رجح الشافعي في قول، وأبو يوسف في رواية؛ لأن الوصية في حق الأعلى شكر الإنعام، وفي حق الأسفل زيادة الإنعام، وشكر الإنعام واجب، وفضل الإنعام مندوب، وكان صرفها إلى الواجب أولى.

قلنا: إن هذا الوجوب لا يدخل تحت الحكم، فإن القاضي لا يجبره على شكره بالإيصاء، فصار كالمندوب، ولأن الغالب والمعروف في الوصية بالثلث للفقراء طلبًا لمرضاته تعالى كالزكاة، والغالب في مولى الأسفل الفقر، وفي الأعلى الغنى، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، فكان الصرف إلى الأسفل أولى من هذا، وهو مروي عن أبي يوسف أيضًا، وإلى الأعلى أولى من ذلك الوجه، فتعارض المرادان على [٢/ ٥٣٣/ أ] السواء، فلم يمكن الترجيح فبطلت الوصية.

فلو كان الموصي عربيًا لا تبطل الوصية؛ لأن الأعلى لا يكون له؛ لأن العرب[(١)] لا تسترق، فتعين الأسفل، إليه أشار في الذخيرة، والجامع الكبير لصدر حميد.

قوله: (ويدخل في هذه) أي: في الوصية لمواليه.

قوله: (ولا بد من تحقق الاسم) أي: من اسم المولى (قبله) أي: قبل الموت ولم يتحقق لأن اسم المولى لهم بعد عتقهم وعتقهم بعد الموت.

---

(١) في الأصل: (العرف) والمثبت من النسخة الثانية.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ، لِأَنَّ سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ لَازِمٌ، وَيَدْخُلُ فِيهِ عَبْدٌ قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ: إنْ لَمْ أَضْرِبْك فَأَنْتَ حُرٌّ، لِأَنَّ العِتْقَ يَثْبُتُ قُبَيْلَ المَوْتِ عِنْدَ تَحَقُّقِ عَجْزِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ وَأَوْلَادُهُ مَوَالٍ، وَمَوَالِي مُوَالَاةٍ: يَدْخُلُ فِيهَا مُعْتَقُوهُ وَأَوْلَادُهُمْ دُونَ مَوَالِي المُوَالَاةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ أَيْضًا، وَالكُلُّ شُرَكَاءُ، لِأَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ عَلَى السَّوَاءِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الجِهَةُ مُخْتَلِفَةٌ، فِي المُعْتِقِ الإِنْعَامُ، وَفِي المَوَالِي عَقْدُ الِالتِزَامِ، وَالإِعْتَاقُ لَازِمٌ، فَكَانَ الِاسْمُ لَهُ أَحَقَّ، ....

قوله: (لأن سبب الاستحقاق لازم) أي: سبب الاستحقاق ولاؤهم ثابت، ألا ترى أن المدبر بين الشريكين أعتقه أحدهما وضمن نصيب شريكه كان ولاؤه بينهما، فدل أن بنفس التدبير استحق ولاءهم، فكانوا من جملة مواليه، و[به][1] قال أحمد في رواية.

ولكن ما ذكر محمد أصح؛ لأنهم لا ينسبون إليه بنفس الاستحقاق، بل بالإحياء الحاصل، وذلك يكون[2] بعد موته، كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة.

(ويدخل فيه عبد) إلى آخره، وهذا بالإجماع، ولا يعلم فيه خلاف لأحد.

(دون مولى الموالاة) أي: لا يدخل، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لعدم صحة مولى الموالاة عندهم.

(وعند أبي يوسف: أنهم) أي: موالي الموالاة (يدخلون).

قوله: (والإعتاق لازم) هذا بيان أن جهة الإعتاق رجحت للزومه، فكأنه جواب سؤال هو أن يقال: لما كانت الجهة مختلفة فصار كالمشترك، فلِمَ رجحت جهة الإعتاق؟

فقال: للزومه وقوته.

وذكر شمس الأئمة المسألة في الجامع الكبير من غير ذكر خلاف، بل ذكر فيه القياس والاستحسان.

---

(١) مثبتة من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (هو) والمثبت من النسخة الثانية.

وَلَا يَدْخُلُ فِيهِمْ مَوَالِي المَوَالِي، لِأَنَّهُمْ مَوَالِي غَيْرِهِ حَقِيقَةً، بِخِلَافِ مَوَالِيهِ وَأَوْلَادِهِمْ، لِأَنَّهُمْ يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ بِإِعْتَاقٍ وُجِدَ مِنْهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوَالٍ وَلَا أَوْلَادُ المَوَالِي، لِأَنَّ اللَّفْظَ لَهُمْ مَجَازٌ، فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِ الحَقِيقَةِ. وَلَوْ كَانَ لَهُ مُعْتَقٌ وَاحِدٌ وَمَوَالِي المَوَالِي: فَالنِّصْفُ لِمُعْتِقِهِ وَالبَاقِي لِلْوَرَثَةِ، لِتَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَ الحَقِيقَةِ وَالمَجَازِ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ ابْنُهُ، أَوْ أَبُوهُ، لِأَنَّهُمْ

قال في القياس: يدخل لإطلاق الاسم عليه بمباشرة سبب الولاء من عقد أو عتق؛ لأن الاسم للفريقين حقيقة.

وفي الاستحسان: لا يدخل؛ لأنه مختلف فيه، وسببه عقد يحتمل الفسخ، بخلاف الإعتاق فإنه لا يحتمله، والمزاحمة لا تتحقق بين الضعيف والقوي، وفيه لو لم يكن له إلا مولى الموالاة كان الثلث لهم؛ لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه.

[قوله][(١)]: (ولا يدخل فيهم موالي الموالي).

قوله: (**ولا يدخل فيهم**) أي: فيما إذا أوصى لمواليه (**موال أعتقهم**) كذا وقع في النسخ، ولكن الصواب (**أعتقهم ابنه أو أبوه**) كما ذكر في الإيضاح، والجامع الكبير لصدر حميد، والكافي وغيرها؛ لأن التعليل الذي ذكره إنما يصح فيمن أعتقهم أبوه أو ابنه، فإن موالي أبيه أو ابنه لا يدخل في الوصية لمواليه إذا كان له موالٍ وموالي موالٍ عند أكثر أهل العلم إلا عند زفر، فإنه يدخل عنده لوجود اسم المولى، وليس بصحيح؛ لأنه لا يكون مولاه لا حقيقة ولا مجازًا. أما عند عدم مواليه وموالي مواليه لا يدخل أيضًا عند العامة إلا عند أبي جعفر الحنبلي، فإنه يقول عند عدمهم يدخل؛ لأن اسم المولى يطلق عليه مجازًا فيصرف إليه عند عدم الحقيقة تصحيحًا لتصرفه.

وقال أبو [يوسف][(٢)] يدخل موالي أبيه إذا مات أبوه وورث ولاءهم؛ لأنهم مواليه حكمًا، ولهذا يحرز ميراثهم.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

لَيْسُوا بِمَوَالِيهِ لَا حَقِيقَةً وَلَا مَجَازًا، وَإِنَّمَا يُحْرَزُ مِيرَاثُهُمْ بِالْعُصُوبَةِ، بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ، لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِالوَلَاءِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

وقلنا: معتقوه مواليه حقيقة؛ لأنه أعتقهم، ومعتقو معتقه مجازًا؛ لأنه سبب لإعتاقهم، فكانت بسبب ولائهم إليه مجازًا، ولم يوجد التسبيب والإعتاق في معتق أبيه أو ابنه، فلا يكون مواليه حقيقة ولا مجازًا.

أما الميراث باعتبار أن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لا؛ لأن الولاء انتقل إليه، وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب كما نطق به الحديث، والنسب لا يورث.

ألا ترى أن الرجل قد يكون من قبيلة أخرى بأن كان الرجل وابنه عبدين، فاشترى الأبَ رجلٌ تميمي، والابنَ رجلٌ أسدي، فأعتق الأسدي الابن، والتميمي الأب، ثم إن الابن اشترى عبدًا فأعتقه ثم مات، ثم مات الابن، ثم مات معتق الأب ولم يترك عصبة، فإن ميراثه يكون للأب بحكم أنه قام مقام ابنه في التعصيب، لا لأن الولاء انتقل بموت الأب؛ لأنه لو انتقل ولاؤه إلى الأب بعد موت الابن كان ولاؤه لبني تميم؛ لأن ولاء الأب لبني تميم، ولم يصر الولاء لبني تميم بالاتفاق، حتى إن مولى الابن لو جنى لا يكون عقله على بني تميم، بل على بني أسد، فعلم أن الولاء لم ينتقل، كذا في الجامع الكبير لصدر حميد.

قوله: (**بخلاف معتق البعض**) هكذا وقع في النسخ، ولكن الصواب أن يقول: (**بخلاف معتق المعتق**)، كما هو المذكور في الإيضاح والكافي وغيرهما، [٢/ ٥٣٣/ ب] يعني بخلاف معتق المعتق، فإنه مولاه مجازًا.

أما معتق البعض لم ينسب إليه بالولاء بعد؛ لأنه كالمكاتب عند أبي حنيفة، والمكاتب حال قيام الكتابة لا يدخل تحت اسم المولى عندهما لو نسب إليه، إنما ينسب بالولاء حقيقة، فلا يحتاج إلى ذكره.

وفي فتاوى العطر: وصَّى[١] العلماء[٢] لا يدخل المتكلم في بلادنا ويدخل في بلاد خوارزم، وهكذا قال صاحب المحيط.

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية: (العصر أوصى)، وفي النسخة الثالثة: (الصغرى).
(٢) الصواب للعلماء.

بَابُ الوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَى وَالخِدْمَةِ وَالثَّمَرَةِ

قَالَ: (وَتَجُوزُ الوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ، ....

وقال الترجماني: يدخل المتكلم والمحدث، ولو أوصى للفقهاء يدخل من يدقق النظر في مسائل الشرع، وإن كان يعلم ثلاث مسائل مع أدلتها.

قال بعض المشايخ: إن من يحفظ من المسائل دون أدلتها لا يدخل، ونص مالك في كتابه: لو أوصى للعقلاء ينصرف إلى العلماء الزاهدين؛ لأنهم هم العقلاء[1] في الحقيقة، كذا في القنية.

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ وَالثَّمَرَةِ

لما فرغ من بيان الوصية في الأعيان شرع في بيان الوصية بالمنافع، وأخّره لما أن المنافع بعد الأعيان.

قوله: (وتجوز الوصية بخدمة عبده) إلى آخره.

تجوز الوصية بالمنفعة مؤقتًا ومؤبدًا عند أكثر أهل العلم، وكذا بالغلة إلا عند ابن أبي ليلى، فإنه قال: لا تصح أصلًا؛ لأن المنفعة معدومة، ولا تصح الوصية بالمعدوم، ولو حدثت المنفعة والغلة بعد موت الموصي يكون ملك الوارث، واعتبار الوصية بعد الموت.

وقلنا: يجوز تمليك المنفعة ببدل وغير بدل في حال الحياة، فيحتمل التمليك بعد الممات كالإعتاق، وهذا لأن الموصي تبقي العين على ملكه بجعله مشغولًا بتصرفه موقوفًا على حاجته، فإنما تحدث المنفعة على ملكه، كما يستوفي الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف، وإذا ثبت هذا في المنفعة فكذا في الغلة؛ لأنها بدل المنفعة، [فالوصية] على خلاف الميراث، فالإرث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة؛ لأن الوراثة خلافة.

وتفسيرها: أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكًا للمورث، وهذا لا يتصور إلا فيما يبقى وقتين، والمنفعة لا تبقى وقتين، وأما الوصية إيجاب ملك بالعقد بمنزلة الإجارة والإعارة فتصح، كذا في المبسوط.

---

(١) في الأصل: (العلماء) والمثبت من النسخة الثانية.

وَسُكْنَى دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةً، وَتَجُوزُ بِذَلِكَ أَبَدًا) لِأَنَّ المَنَافِعَ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا فِي حَالَةِ الحَيَاةِ بِبَدَلٍ وَغَيْرِ بَدَلٍ، فَكَذَا بَعْدَ المَمَاتِ لِحَاجَتِهِ كَمَا فِي الأَعْيَانِ، وَيَكُونُ مَحْبُوسًا عَلَى مِلْكِهِ فِي حَقِّ المَنْفَعَةِ حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا المُوصَى لَهُ عَلَى مِلْكِهِ، كَمَا يَسْتَوْفِي المَوْقُوفُ عَلَيْهِ مَنَافِعَ الوَقْفِ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الوَاقِفِ، وَتَجُوزُ مُؤَقَّتًا وَمُؤَبَّدًا كَمَا فِي العَارِيَّةِ، فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ عَلَى أَصْلِنَا، بِخِلَافِ المِيرَاثِ، لِأَنَّهُ خِلَافُهُ فِيمَا يَتَمَلَّكُهُ المُوَرِّثُ، وَذَلِكَ فِي عَيْنٍ تَبْقَى، وَالمَنْفَعَةُ عَرْضٌ لَا يَبْقَى، وَكَذَا الوَصِيَّةُ بِغَلَّةِ العَبْدِ وَالدَّارِ، لِأَنَّهُ بَدَلُ المَنْفَعَةِ، فَأَخَذَ حُكْمَهَا، وَالمَعْنَى يَشْمَلُهُمَا.

قَالَ: (فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ العَبْدِ مِن الثُّلُثِ، يُسَلَّمُ إِلَيْهِ لِيَخْدُمَهُ) لِأَنَّ حَقَّ المُوصَى لَهُ فِي الثُّلُثِ لَا يُزَاحِمُهُ الوَرَثَةُ (وَإِنْ كَانَ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، ....

قوله: (وكذا بعد الممات) بل أولى؛ لأن الوصية أسرع نفاذًا.

قوله: (محبوسًا على ملكه) أي: ملك الموصي.

وقوله: (على أصلنا) يحترز به عن قول الشافعي، فإن العارية عنده إباحة المنافع لا تمليكها، وقد مر في العارية.

قوله: (والمعنى) وهو الحاجة (يشملهما) أي: المنفعة والغلة.

قوله: (يسلم إليه) أي: العبد يسلم إلى الموصى له ليخدمه، وهو قول كل من قال بصحة الوصية في المنفعة.

قوله: (وإن كان لا مال له غيره) إلى آخره، وقال الشافعي وأحمد: إن لم يخرج العبد من الثلث أجيز منها بقدر الثلث، كسائر الوصايا أو كالأعيان، فيقوم العبد مسلوب المنفعة تلك المدة، ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها، ولو كانت الوصية مؤبدة تقوم الرقبة بقيمتها جميعًا، ويعتبر خروجها من الثلث.

وقال مالك: إذا أوصى بخدمة عبده سنة ولم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين ثلث المال.

وعندنا وأبي ثور: يخدم العبد للموصى له يومًا وللورثة يومين أي: أبدًا إذا كانت الوصية مؤبدًا.

خَدَمَ الوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ، وَالمُوصَى لَهُ يَوْمًا) لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الثُّلُثِ، وَحَقَّهُمْ فِي الثُّلُثَيْنِ، كَمَا فِي الوَصِيَّةِ فِي العَيْنِ، وَلَا تُمْكِنُ قِسْمَةُ العَبْدِ أَجْزَاءً، لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ، فَصِرْنَا إِلَى المُهَايَأَةِ إِيفَاءً لِلْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ بِسُكْنَى الدَّارِ إِذَا كَانَتْ لَا تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ، حَيْثُ تُقَسَّمُ عَيْنُ الدَّارِ ثَلَاثًا لِلِانْتِفَاعِ، لِأَنَّهُ يُمْكِنُ القِسْمَةُ بِالأَجْزَاءِ، وَهُوَ أَعْدَلُ لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا زَمَانًا وَذَاتًا، وَفِي المُهَايَأَةِ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا زَمَانًا. وَلَوْ اقْتَسَمُوا الدَّارَ مُهَايَأَةً مِن حَيْثُ الزَّمَانُ، تَجُوزُ أَيْضًا، لِأَنَّ الحَقَّ لَهُمْ، إِلَّا أَنَّ الأَوَّلَ وَهُوَ الأَعْدَلُ أَوْلَى، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يَبِيعُوا مَا فِي أَيْدِيهِمْ مِن ثُلُثَيْ الدَّارِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: أَنَّ لَهُمْ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ خَالِصُ مِلْكِهِمْ. وَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ حَقَّ المُوصَى لَهُ ثَابِتٌ فِي سُكْنَى جَمِيعِ الدَّارِ، بِأَنْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ آخَرُ، وَتَخْرُجُ الدَّارُ مِن الثُّلُثِ، وَكَذَا لَهُ

وفي المؤقت بقدر ذلك الوقت، إذا لم يجز الورثة الوصية في الزيادة.

وقلنا: لا يمكن قسمة العبد أجزاءً؛ لأنه لا يتجزأ، وكذا المنافع لا تحتمل القسمة بالأجزاء.

(**فصرنا إلى المهايأة**) أي: المناوبة بالأزمان ليتمكن الموصى له إيفاء حقه بهذا الطريق، فلا يحتاج إلى اعتبار القيمة.

قوله: (**لأن الأول**)[1] وهو تقسيم عين الدار أثلاثًا (**أعدل**)؛ لأن كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت يستوفيه صاحبه بخلاف ما لو تهايئا، فإن هناك يسبق أحدهما بالزمان.

قوله: (**وليس للورثة أن يبيعوا**) إلى آخره، وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد في رواية.

وعن أبي يوسف ومحمد: يجوز، وبه قال أحمد في المنصوص منه.

(**[لأنه]**)[2] أي: ما في أيديهم (**خالص ملكهم**) فنفذ بيعهم.

قوله: (**فإن ظهر للميت مال آخر**) ويعتبر هذا الاحتمال؛ لأنه نشأ من دليل،

---

(١) تقدم في المتن: (إلا أن الأول).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

حَقُّ المُزَاحَمَةِ فِيمَا فِي أَيْدِيهِمْ إذَا خَرِبَ مَا فِي يَدِهِ.

وَالبَيْعُ يَتَضَمَّنُ إبْطَالَ ذَلِكَ فَمَنَعُوا عَنْهُ. قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَاتَ المُوصَى لَهُ، عَادَ إلَى الوَرَثَةِ) لِأَنَّ المُوصِيَ أَوْجَبَ الحَقَّ لِلْمُوصَى لَهُ لِيَسْتَوْفِيَ المَنَافِعَ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ، فَلَو انْتَقَلَ إلَى وَارِثِ المُوصَى لَهُ، اسْتَحَقَّهَا ابْتِدَاءً مِن مِلْكِ المُوصِي مِن غَيْرِ مَرْضَاتِهِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

(وَلَوْ مَاتَ المُوصَى لَهُ فِي حَيَاةِ المُوصِي، بَطَلَتْ) لِأَنَّ إيجَابَهَا تَعَلَّقَ بِالمَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبْلُ. وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ، أَوْ دَارِهِ فَاسْتَخْدَمَهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ سَكَنَهَا بِنَفْسِهِ، قِيلَ: يَجُوزُ ذَلِكَ، لِأَنَّ قِيمَةَ المَنَافِعِ كَعَيْنِهَا فِي تَحْصِيلِ المَقْصُودِ. وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الغَلَّةَ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ وَجَبَتْ الوَصِيَّةُ بِهَا، وَهَذَا اسْتِيفَاءُ المَنَافِعِ، وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ وَمُتَفَاوِتَانِ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ يُمْكِنُهُمْ أَدَاؤُهُ مِن الغَلَّةِ بِالِاسْتِرْدَادِ مِنْهُ بَعْدَ اسْتِغْلَالِهَا، وَلَا يُمْكِنُهُمْ مِن المَنَافِعِ بَعْدَ اسْتِيفَائِهَا بِعَيْنِهَا، وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ بِالخِدْمَةِ وَالسُّكْنَى أَنْ يُؤَاجِرَ العَبْدَ أَو الدَّارَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ بِالوَصِيَّةِ مَلَكَ المَنْفَعَةَ، ....

وهو إيصاء الميت بكل منافع الدار مع [٢/ ٥٣٤/أ] علمه أن الإيصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعًا، فلو لم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازًا عن المحرم شرعًا، كذا قيل.

قوله: (على ما بيناه من قبل) أي: في فصل اعتبار الوصية، وقد روى بعض أصحاب الشافعي وجهًا منه، أن المنفعة تنتقل إلى ورثة الموصى له.

قوله: (استخدمه بنفسه) أي: استخدم الموصى له العبد الذي أوصى بغلته.

قوله: (وقال الشافعي: له ذلك)، وبه قال مالك، وأحمد (لأنه) أي: الموصى له (ملك المنفعة)؛ لأن تمليك المنفعة بعقد مضاف إلى ما بعد الموت كتمليك المنفعة حال الحياة، فإنه لو ملك المنفعة حال الحياة بالاستئجار لملك الإجارة من غيرها، فكذا إذا[1] تملكها بالوصية بعد الموت، بخلاف الإعارة

---

(١) في الأصل: (إذ)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَيَمْلِكُ تَمْلِيكَهَا مِن غَيْرِهِ بِبَدَلٍ أَوْ غَيْرِ بَدَلٍ، لِأَنَّهَا كَالأَعْيَانِ عِنْدَهُ، بِخِلَافِ العَارِيَّةِ، لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ عَلَى أَصْلِهِ وَلَيْس بِتَمْلِيكٍ، وَلَنَا: أَنَّ الوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ، فَلَا يَمْلِكُ تَمْلِيكَهُ بِبَدَلٍ، اعْتِبَارًا بِالإِعَارَةِ، فَإِنَّهَا تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ عَلَى أَصْلِنَا، وَلَا يَمْلِكُ المُسْتَعِيرُ الإِجَارَةَ، لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ بِبَدَلٍ، كَذَا هَذَا.

وَتَحْقِيقُهُ: أَنَّ التَّمْلِيكَ بِبَدَلٍ لَازِمٌ، وَبِغَيْرِ بَدَلٍ غَيْرُ لَازِمٍ، وَلَا يَمْلِكُ الأَقْوَى بِالأَضْعَفِ، وَالأَكْثَرَ بِالأَقَلِّ، وَالوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ غَيْرُ لَازِمٍ، إِلَّا أَنَّ الرُّجُوعَ لِلْمُتَبَرِّعِ لَا لِغَيْرِهِ، وَالمُتَبَرِّعُ بَعْدَ المَوْتِ لَا يُمْكِنُهُ الرُّجُوعُ، فَلِهَذَا انْقَطَعَ، أَمَّا هُوَ فِي وَضْعِهِ فَغَيْرُ لَازِمٍ، وَلِأَنَّ المَنْفَعَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ عَلَى أَصْلِنَا، وَفِي تَمْلِيكِهَا بِالمَالِ إِحْدَاثُ صِفَةِ المَالِيَّةِ فِيهَا تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ فِي عَقْدِ المُعَاوَضَةِ، فَإِنَّمَا تَثْبُتُ هَذِهِ الوِلَايَةُ لِمَنْ يَمْلِكُهَا تَبَعًا لِمِلْكِ الرَّقَبَةِ، أَوْ لِمَنْ يَمْلِكُهَا بِعَقْدِ المُعَاوَضَةِ حَتَّى يَكُونَ مُمَلِّكًا لَهَا بِالصِّفَةِ الَّتِي تَمَلَّكَهَا، أَمَّا إِذَا تَمَلَّكَهَا مَقْصُودَةً بِغَيْرِ عِوَضٍ، ثُمَّ مَلَكَهَا بِعِوَضٍ، كَانَ مُمَلِّكًا أَكْثَرَ مِمَّا تَمَلَّكَهُ مَعْنًى، وَهَذَا لَا يَجُوزُ، وَلَيْسَ لِلْمُوصَى لَهُ أَنْ يُخْرِجَ العَبْدَ مِن الكُوفَةِ إِلَّا

فإنها إباحة المنفعة على أصل الشافعي، فلا يملك الإعارة من غيره.

قوله: (فإنها) أي: الإعارة (تمليك بغير بدل في حال الحياة على أصلنا) حتى لو قال: ملكتك منافع هذه الدار كان عارية صحيحة، وإنما لا يتعلق بها اللزوم؛ لكونها متعرية عن البدل، وكذلك الوصية غير لازم إلا أن غير الموصي لا يتمكن من الرجوع بعد موت الموصي؛ لأن الرجوع للمتبرع لا لغيره، والموصي لا يقدر على الرجوع بعد الموت.

قوله: (وإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها) أي: المنفعة (تبعا لملك الرقبة) إلى قوله: (وهذا لا يجوز) وهكذا قرره في المبسوط.

وقيل: يرد عليه إجارة الحر نفسه فإنها تجوز مع أن الحر لا يملك نفسه ويملك منفعته، إلا أن يقيد ويقول كلامنا في المملوك لا في الحر، فإن الوصية بمنفعة الحر لا تجوز.

قوله: (وليس للموصى له أن يخرج العبد) إلى آخره، وقال الشافعي،

أَنْ يَكُونَ المُوصَى لَهُ وَأَهْلُهُ فِي غَيْرِ الكُوفَةِ، فَيُخْرِجُهُ إِلَى أَهْلِهِ لِلْخِدْمَةِ هُنَالِكَ إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ إِنَّمَا تَنْفُذُ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِن مَقْصُودِ المُوصِي، فَإِذَا كَانُوا فِي مِصْرِهِ، فَمَقْصُودُهُ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِن خِدْمَتِهِ فِيهِ بِدُونِ أَنْ يَلْزَمَهُ مَشَقَّةُ السَّفَرِ، وَإِذَا كَانُوا فِي غَيْرِهِ، فَمَقْصُودُهُ أَنْ يَحْمِلَ العَبْدَ إِلَى أَهْلِهِ لِيَخْدُمَهُمْ.

وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدِهِ، أَوْ بِغَلَّةِ دَارِهِ، يَجُوزُ أَيْضًا، لِأَنَّهُ بَدَلُ المَنْفَعَةِ، فَأَخَذَ حُكْمَ المَنْفَعَةِ فِي جَوَازِ الوَصِيَّةِ بِهِ، كَيْفَ وَأَنَّهُ عَيْنٌ حَقِيقَةً، لِأَنَّهُ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ، فَكَانَ بِالجَوَازِ أَوْلَى، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ، كَانَ لَهُ ثُلُثُ غَلَّةِ تِلْكَ السَّنَةِ، لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ بِالأَجْزَاءِ، ....

وأحمد، وأبو ثور: له إخراجه مطلقًا؛ لأنه مالك لمنفعته، فله إخراجه كالمستأجر.

وقلنا: الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فإذا[1] كان الموصى له وأهله في موضع آخر فمقصود الموصي أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم.

أما إذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمة العبد من غير أن يلزمه مشقة السفر، فلا يكون له أن يخرجهم من بلده.

قوله: (لأنه) أي: الغلة على تأويل المال أو ذكره بتذكير الخبر وهو المال، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (فكان) أي الإيصاء بالغلة (بالجواز أولى) بالنسبة إلى الخدمة، فإن الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية، فالغلة التي هي عبارة عن مال عين، وهو الدراهم أو الدنانير بالجواز أولى.

(كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني لو كانت الوصية بغلة عبده سنة، ولا يعلم فيه خلاف.

وقوله: (يحتمل القسمة بالأجزاء) احتراز عن الوصية بخدمة العبد، فإن هناك لم تحتمل نفس العبد القسمة بالأجزاء، وصرنا إلى استيفاء الخدمة بطريق المهايأة.

---

(١) في الأصل: (لماذا)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَلَوْ أَرَادَ المُوصَى لَهُ قِسْمَةَ الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الوَرَثَةِ لِيَكُونَ هُوَ الَّذِي يَسْتَغِلُّ ثُلُثَهَا، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، فَإِنَّهُ يَقُولُ: المُوصَى لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ، وَلِلشَّرِيكِ ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ، إِلَّا أَنَّا نَقُولُ: المُطَالَبَةُ بِالقِسْمَةِ تُبْتَنَى عَلَى ثُبُوتِ الحَقِّ لِلْمُوصَى لَهُ فِيمَا يُلَاقِيهِ القِسْمَةُ إِذْ هُوَ المُطَالِبُ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِي عَيْنِ الدَّارِ، وَإِنَّمَا حَقُّهُ فِي الغَلَّةِ، فَلَا يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بِقِسْمَةِ الدَّارِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ، وَلِآخَرَ بِرَقَبَتِهِ، وَهُوَ يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ: فَالرَّقَبَةُ لِصَاحِبِ الرَّقَبَةِ، وَالخِدْمَةُ عَلَيْهَا لِصَاحِبِ الخِدْمَةِ، لِأَنَّهُ أَوْجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَيْئًا مَعْلُومًا عَطْفًا مِنْهُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الآخَرِ، فَتُعْتَبَرُ هَذِهِ الحَالَةُ بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ.

قوله: (عطفا منه) أي: من محمد أو الموصي، فإنه عطف قوله: **(ولآخر برقبته)** بالواو على قوله: **(أوصى له بخدمة عبده)**.

وما أوجب لكل واحد منهما بطريق العطف يحتمل الوصية بانفراده، فبعطف إحدى الوصيتين على الأخرى لا تتحقق مشاركة بينهما فيما أوجبه لكل واحد منهما.

وفي المبسوط، والجامع للتمرتاشي: نفقة العبد الموصى بخدمته وكسوته على صاحب الخدمة، وبه قال الإِصْطَخْرِي من أصحاب الشافعي، وأحمد في رواية.

وقال الشافعي، وأحمد في ظاهر مذهبهما: على صاحب الرقبة، وبه قال أبو ثور، كالعبد المستأجر؛ لأن النفقة مؤنة، فتجب على مالك الرقبة، ولهذا تجب فطرته عليه، وفي قول للشافعي في كسبه فإن لم يفِ ففي بيت المال.

قلنا: العبد لا يقوى على الخدمة إلا بالنفقة، فنفقته على من يخدمه، كالمستعير فإنه ينفق على المستعار وينتفع به.

وفي المغني لابن قدامة: وهو الأصح.

أما لو أوصى بخدمة عبد لا يقدر على الخدمة وبرقبته لآخر وهو يخرج من الثلث، فالنفقة على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة، فإذا استقل بالخدمة صارت نفقته على صاحب الخدمة؛ لأن بالنفقة عليه في حال الصغر تنمو العين،

ثُمَّ لَمَّا صَحَّتْ الوَصِيَّةُ لِصَاحِبِ الخِدْمَةِ، فَلَوْ لَمْ يُوصِ فِي الرَّقَبَةِ مِيرَاثًا لِلْوَرَثَةِ مَعَ كَوْنِ الخِدْمَةِ لِلْمُوصَى لَهُ، فَكَذَا إذَا أَوْصَى بِالرَّقَبَةِ لِإِنْسَانٍ آخَرَ، إذ الوَصِيَّةُ أُخْتُ المِيرَاثِ، مِن حَيْثُ إنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ فِيهِمَا بَعْدَ المَوْتِ. وَلَهَا نَظَائِرُ، وَهُوَ مَا إذَا أَوْصَى بِأَمَةٍ لِرَجُلٍ، وَبِمَا فِي بَطْنِهَا لِآخَرَ، وَهِيَ تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ، أَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِخَاتَمٍ وَلِآخَرَ بِفَصِّهِ، أَوْ قَالَ: هَذِهِ القَوْصَرَةُ لِفُلَانٍ، وَمَا فِيهَا مِن التَّمْرِ لِفُلَانٍ، كَانَ كَمَا أَوْصَى، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الظَّرْفِ فِي المَظْرُوفِ فِي هَذِهِ المَسَائِلِ كُلِّهَا، أَمَّا إذَا فَصَلَ أَحَدُ الإِيجَابَيْنِ عَن الآخَرِ فِيهَا فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ: الأَمَةُ لِلْمُوصَى لَهُ بِهَا، وَالوَلَدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَكَذَلِكَ فِي أَخَوَاتِهَا. لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ بِإِيجَابِهِ فِي الكَلَامِ الثَّانِي تَبَيَّنَ أَنَّ مُرَادَهُ مِن الكَلَامِ الأَوَّلِ

والمنفعة في ذلك لصاحب الرقبة؛ إذ الأصل أن نفقة المملوك على المالك، إلا أن يصير معدًّا لانتفاع الغير، كالأمة إذا زوجها وبرأها[1] فنفقتها على الزوج، وإن لم ينوها فالنفقة على المولى.

ولو جنى هذا العبد ورقبته جنايته فالفداء على صاحب الخدمة؛ لأن الاستخدام يختص به المالك [٢/ ٥٣٤/ب] بالفداء ليسلم الخدمة له، ولا يسلم لصاحب الرقبة شيء في الحال، فإذا خدمه على حاله لأنه طهره من الجناية.

وفي المحيط: لو أبى صاحب الخدمة أن[2] يفدي فداه صاحب الرقبة أو يدفعه ويطلب وصيته.

القوصرة بالتشديد والتخفيف: وعاء التمر يتخذ من قصب.

(ولا شيء لصاحب الظرف) وهو الموصى له بالأمة والخاتم والقوصرة **(في [المظروف])**[3] أي: في الولد والفصّ والتمر.

قوله: (وكذلك الجواب عند أبي يوسف) أي: كان كما أوصى **(ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف).**

قوله: (وكذلك في أخواتها) والصواب: **(في أختيها)** وهو الخاتم مع

---

(١) في الأصل: (ونواها)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (أن)، والمثبت ن النسخة الثانية.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

إيجَابُ الأَمَةِ لِلْمُوصَى لَهُ بِهَا دُونَ الوَلَدِ، وَهَذَا البَيَانُ مِنْهُ صَحِيحٌ وَإِنْ كَانَ مَفْصُولًا، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لَا تُلْزِمُ شَيْئًا فِي حَالِ حَيَاةِ المُوصِي، فَكَانَ البَيَانُ المَفْصُولُ فِيهِ وَالمَوْصُولُ سَوَاءً، كَمَا فِي وَصِيَّةِ الرَّقَبَةِ وَالخِدْمَةِ. وَلِمُحَمَّدٍ: أَنَّ اسْمَ الخَاتَمِ يَتَنَاوَلُ الحَلْقَةَ وَالفَصَّ. وَكَذَلِكَ اسْمُ الجَارِيَةِ يَتَنَاوَلُهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا. وَاسْمُ القَوْصَرَةِ كَذَلِكَ، وَمِنْ أَصْلِنَا: أَنَّ العَامَّ الَّذِي مُوجِبُهُ ثُبُوتُ الحُكْمِ عَلَى سَبِيلِ الإِحَاطَةِ بِمَنْزِلَةِ الخَاصِّ، فَقَد اجْتَمَعَ فِي الفَصِّ وَصِيَّتَانِ، وَكُلٌّ مِنْهُمَا وَصِيَّةٌ بِإِيجَابٍ عَلَى حِدَةٍ، فَيُجْعَلُ الفَصُّ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَلَا يَكُونُ إِيجَابُ الوَصِيَّةِ فِيهِ لِلثَّانِي رُجُوعًا عَنِ الأَوَّلِ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِلثَّانِي بِالخَاتَمِ، بِخِلَافِ الخِدْمَةِ مَعَ الرَّقَبَةِ، لِأَنَّ اسْمَ الرَّقَبَةِ لَا يَتَنَاوَلُ الخِدْمَةَ، وَإِنَّمَا يَسْتَخْدِمُهُ المُوصَى لَهُ بِحُكْمِ أَنَّ المَنْفَعَةَ حَصَلَتْ عَلَى مِلْكِهِ، فَإِذَا أَوْجَبَ الخِدْمَةَ لِغَيْرِهِ لَا يَبْقَى لِلْمُوصَى لَهُ فِيهِ حَقٌّ، ....

الفص، والقوصرة مع التمر.

قوله: (**كما في وصية الرقبة والخدمة**) فإن هناك الموصول والمفصول سواء في الحكم، ثم تأخير تعليل محمد رحمه الله في الكتاب.

وفي المبسوط: وذكرُ التعليل على مذهب محمد في أصول فخر الإسلام وشمس الأئمة من غير خلاف أحد دليلٌ على أن المعتمد والمأخوذ قول محمد.

قوله: (**بخلاف الخدمة مع الرقبة**) يعني في الوصية بالرقبة لإنسان وبخدمته لآخر كان كما أوصى وإن كان مفصولًا، ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شيء؛ (**لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة**) ولهذا لو أوصى بالعبد واستثنى الخدمة، أو بالدار واستثنى السكنى، أو بالبستان واستثنى الغلة المعدومة فإنه لا يصح الاستثناء، فكذلك في التخصيص؛ لما أن شرط صحة التخصيص والاستثناء أن يكون صدر الكلام متناولًا للمستثنى والمخصوص، كذا في زيادات صاحب الهداية.

وقوله: (**وإنما يستخدمه الموصى له**) أي: الموصى له بالرقبة إنما يستخدمه باعتبار أن المنفعة تحدث على ملكه، ولا حق للغير فيه، (**فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له**) بالرقبة (**فيه**) أي: في الاستخدام (**حق**)، وكذا اسم

بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الكَلَامُ مَوْصُولًا، لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ التَّخْصِيصِ وَالِاسْتِثْنَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَوْجَبَ لِصَاحِبِ الخَاتَمِ الحَلْقَةَ خَاصَّةً دُونَ الفَصِّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِآخَرَ بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ، ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ، فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ وَحْدَهَا، وَإِنْ قَالَ: لَهُ ثَمَرَةُ بُسْتَانِي أَبَدًا، فَلَهُ هَذِهِ الثَّمَرَةُ، وَثَمَرَتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ مَا عَاشَ، وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِغَلَّةِ بُسْتَانِهِ: فَلَهُ الغَلَّةُ القَائِمَةُ، وَغَلَّتُهُ فِيمَا يُسْتَقْبَلُ) وَالفَرْقُ: أَنَّ الثَّمَرَةَ اسْمٌ لِلْمَوْجُودِ عُرْفًا، فَلَا يَتَنَاوَلُ المَعْدُومَ إِلَّا بِدَلَالَةٍ زَائِدَةٍ، مِثْلُ التَّنْصِيصِ

الدار لا يتناول السكنى، واسم النخيل لا يتناول الثمرة، وإنما تستحق هذه الأشياء بملك الأصل إذا لم يوجد المانع، وهنا المانع وهو الوصية للثاني موجود، فلا يمكن حمله على البيان والتخصيص.

قوله: (بخلاف ما إذا كان الكلام موصولًا) إلى آخره.

قيل: إنما عطف الاستثناء على التخصيص بلفظ، أو لأن في التخصيص شبهة؛ لما أنه مبني على العموم، وفي العموم هاهنا قصور؛ لأن أقل العام ثلاثة، وفي الاستثناء لا يشترط كون المستثنى منه موصوفًا بهذه الصفة، كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

قوله: (ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة) أي: الموجودة وقت الموت وإنما قيد بقوله: (وفيه ثمرة)[1] فإنه إذا لم يكن فيها والمسألة بحالها فمسألة الثمرة كمسألة الغلة، فإنه يتناول المعدوم ما عاش، ذكره في المبسوط.

ثم سقي البستان وخراجه وما فيه صلاحه على صاحب الغلة؛ لأنه هو المنتفع به، كما في النفقة، والخلاف فيه كالخلاف في النفقة.

قوله: (الثمرة اسم للموجود عرفًا)، في المبسوط: الثمرة اسم للموجود حقيقة، ولا يتناول الحادث إلا مجازًا.

أما الغلة اسم للموجود والحادث جميعًا، وإذا كان كذلك ففي الوصية بالثمرة مطلقًا يدخل الموجود عند الموت لا الحادث بعده؛ لاستحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز.

---

(١) في الأصل: (صرة) والمثبت من النسخة الثانية.

عَلَى الأَبَدِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَأَبَّدُ إِلَّا بِتَنَاوُلِ المَعْدُومِ، وَالمَعْدُومُ مَذْكُورٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْئًا، أَمَّا الغَلَّةُ فَتَنْتَظِمُ المَوْجُودَ وَمَا يَكُونُ بِعَرَضِ الوُجُودِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى عُرْفًا، يُقَالُ: فُلَانٌ يَأْكُلُ مِن غَلَّةِ بُسْتَانِهِ، وَمِنْ غَلَّةِ أَرْضِهِ وَدَارِهِ، فَإِذَا أُطْلِقَتْ يَتَنَاوَلُهُمَا عُرْفًا غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَى دَلَالَةٍ أُخْرَى. أَمَّا الثَّمَرَةُ إِذَا أُطْلِقَتْ لَا يُرَادُ بِهَا إِلَّا المَوْجُودُ، فَلِهَذَا يَفْتَقِرُ الِانْصِرَافُ إِلَى دَلِيلٍ زَائِدٍ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِصُوفِ غَنَمِهِ أَبَدًا، أَوْ بِأَوْلَادِهَا، أَوْ بِلَبَنِهَا، ثُمَّ مَاتَ، فَلَهُ مَا فِي بُطُونِهَا مِن الوَلَدِ، وَمَا فِي ضُرُوعِهَا مِن اللَّبَنِ، وَمَا عَلَى ظُهُورِهَا مِن الصُّوفِ يَوْمَ يَمُوتُ المُوصِي، سَوَاءٌ قَالَ أَبَدًا، أَوْ لَمْ يَقُلْ) لِأَنَّهُ إِيجَابٌ عِنْدَ المَوْتِ، فَيُعْتَبَرُ قِيَامُ هَذِهِ الأَشْيَاءِ يَوْمَئِذٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ. وَالفَرْقُ: أَنَّ القِيَاسَ

أما إذا اقترن به ذكر الأبد يراد به المجاز؛ فيجب استعماله في المجاز، ويكون له ما يحدث من الثمار ما عاش بمنزلة الغلة.

قوله: (والمعدوم مذكور) يعني إذا نص على الأبد تدخل الثمار المعدومة باعتبار أنه مذكور لا باعتبار أن المعدوم شيء، كما إذا أوصى بثلث ماله لزيد ولا مال له، ثم اكتسب مالًا عند الموت يستحق ثلثه باعتبار أن المعدوم مذكور، ولا باعتبار أن المعدوم شيء.

وذكر التمرتاشي فرقًا بين الغلة والثمرة أن الموصى له بالغلة إذا مات بطلت الوصية، أما الموصى له بالثمرة إذا مات وظهرت الثمرة ولها قيمة لا تبطل الوصية، وتصير الثمرة لورثة الموصى له؛ لأنه عين مال.

وفي المبسوط: أنه لو باعه في حياته وأخذ ثمنه جاز البيع، وكان الثمن لورثته بعد موته.

قوله: (فإذا أطلقت) أي: الغلة **(يتناولهما)** أي[1]: القائمة والحادثة.

قوله: (وهذا بخلاف) أي: الوصية بالصوف واللبن بخلاف الوصية بالثمرة والغلة.

---

(١) في الأصل: (إلى) والمثبت من النسخة الثانية.

يَأْبَى تَمْلِيكَ الْمَعْدُومِ، لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْمِلْكَ، إِلَّا أَنَّ فِي الثَّمَرَةِ وَالْغَلَّةِ الْمَعْدُومَةِ جَاءَ الشَّرْعُ بِوُرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا كَالْمُعَامَلَةِ وَالْإِجَارَةِ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ جَوَازَهُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى، لِأَنَّ بَابَهَا أَوْسَعُ. أَمَّا الْوَلَدُ الْمَعْدُومُ وَأُخْتَاهُ، فَلَا يَجُوزُ إِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا أَصْلًا، وَلَا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدٍ مَا، فَكَذَلِكَ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ، بِخِلَافِ الْمَوْجُودِ مِنْهَا، لِأَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الْبَيْعِ تَبَعًا، وَبِعَقْدِ الْخُلْعِ مَقْصُودًا، فَكَذَا بِالْوَصِيَّةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: (كالمعاملة) أي: على قول من يجيزها، يعني لما جاز استحقاقها بعقد من العقود، فكذا بالوصية؛ [٢/ ٥٣٥/أ] لأنها أوسع العقود.

أما[١] الولد المعدوم وأختاه وهو الصوف واللبن فلم يشرع استحقاقها بشيء من العقود، فلم يصلح استحقاقها بالوصية أيضًا.

وفي المبسوط: إذ يقول: القياس في مسألة الصوف واللبن والولد أن يستحق الموجود، والحادث عند التنصيص على التأبيد؛ لأن المحل الذي تحدث منه هذه الزوائد يجعل مبقًى على ملك الميت حكمًا لاستعماله بوصيته كما في ثمرة البستان، ولكنه استحسن فقال: ما في بطون الحيوان ليس في وسع البشر إيجاد ما ليس بموجود، فلا يصح إيجابه للغير بشيء من العقود.

بخلاف الثمار فإن لصنع العباد تأثيرًا في إيجاده، ولهذا جاز عقد المعاملة، وهي شركة في الخارج، فيصح إيجاب الوصية فيما يحدث منه عند التنصيص على التأبيد، والدليل على الفرق أنه لو أوصى بيد عبده لإنسان أو رجل شاته لم تصح الوصية، ولو أوصى بقوائم الخلاف أو سعف النخل، وإن كان وصفًا للنخل فإنه يحتمل التمليك ببعض العقود، بخلاف أطراف الحيوان، فإذا ظهر الفرق فيما هو موجود منهما، وكذا فيما يحدث.

قوله: (وبعقد الخلع مقصودًا) وفي الشامل: قالت لزوجها: خالِعْني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها، وإن لم يكن في البطن شيء

---

(١) في الأصل: (ألما) والمثبت من النسخة الثانية.

بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ

فلا شيء له، وما حدث بعده للمرأة؛ لأن ما في البطن قد يكون له قيمة وقد لا يكون، فلم يُقَوَّم، حتى لو قالت: على حمل جاريتي - وليس في بطنها حمل - تَرُدُّ المهر.

وفي المحيط: أوصى بما في نخيله من الكُفُرَّى، فصار بُسْرًا أو رُطَبًا قبل موته تبطل الوصية، ولو أوصى بعنب فصار زبيبًا قبل موته بَطَلَت، ولو أوصى برطب فصار تمرًا قبل موته لا تبطل الوصية استحسانًا لا قياسًا، كما لو أوصى بحمل أو صغير فصار كبشًا أو كبيرًا، ولو حصل هذه التغييرات بعد موت الموصي لا تبطل الوصية، والوكالة كالوصية، حتى لو حصلت هذه التغييرات قبل بيع الوكيل فلها حكم الوصية، وبعد بيعه لا تبطل الوكالة.

أوصى أن يجعل داره مسجدًا إن خرج من الثلث أو لم يخرج، وأجازت الورثة يجعل مسجدًا، وإن لم يخرج من الثلث، ولم تجز الورثة يجعل ثلث داره مسجدًا.

أوصى بظهر مركبه في سبيل الله بطلت الوصية عند أبي حنيفة؛ لأن من أصله أن الوقف المنقول لا يجوز وإن كان مضافًا إلى ما بعد الموت.

وعندهما: يصح لصحة وقف المنقول عندهما.

ولو أوصى بشيء للمسجد الحرام لم يجز إلا أن ينفق على المسجد؛ لأنه ليس من أهل الملك، وذكر النفقة بمنزلة الوقف على مصالحه.

وعند محمد: يصح، ويصرف إلى مصالحه تصحيحًا لكلامه.

ولو قال: أوصيت لفلان أو فلان لا تصح الوصية عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لجهالة الموصى له.

وعند أبي يوسف: لهما أن يصطلحا على أخذ الثلث. وعند محمد: الخيار للورثة أعطَوْا أيَّهما شاءوا.

بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ

ذكر وصية الكافر بعد وصية المسلم؛ إذ الكافر تابع للمسلم في أحكام المعاملات، فذكر التابع بعد المتبوع.

قَالَ: (وَإِذَا صَنَعَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بِيعَةً، أَوْ كَنِيسَةً فِي صِحَّتِهِ، ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ) لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالوَقْفُ عِنْدَهُ يُورَثُ وَلَا يَلْزَمُ، فَكَذَا هَذَا. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا: فَلِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ، فَلَا تَصِحُّ عِنْدَهُمَا. قَالَ: (وَلَوْ أَوْصَى بِذَلِكَ لِقَوْمٍ مُسَمَّيْنِ، فَهُوَ الثُّلُثُ) مَعْنَاهُ: إِذَا أَوْصَى أَنْ تُبْنَى دَارُهُ بِيعَةً، أَوْ كَنِيسَةً: فَهُوَ جَائِزٌ مِن الثُّلُثِ، لِأَنَّ الوَصِيَّةَ فِيهَا مَعْنَى الِاسْتِخْلَافِ وَمَعْنَى التَّمْلِيكِ، وَلَهُ وِلَايَةُ ذَلِكَ، فَأَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَى اعْتِبَارِ المَعْنَيَيْنِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَوْصَى بِدَارِهِ كَنِيسَةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّيْنِ، جَازَتِ الوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: الوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ)(*) لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ حَقِيقَةً، وَإِنْ كَانَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ قُرْبَةٌ، وَالوَصِيَّةُ بِالمَعْصِيَةِ بَاطِلَةٌ لِمَا فِي تَنْفِيذِهَا مِن تَقْرِيرِ المَعْصِيَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ هَذِهِ قُرْبَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ، وَنَحْنُ أُمِرْنَا بِأَنْ نَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ، فَتَجُوزُ بِنَاءً عَلَى

قوله: (والوقف عنده) أي: عند أبي حنيفة (يورث) إذا كان لمسلم، فهذا أولى يعني إذا لم يكن مسجدًا لا يورث ولا يقال: البيعة عندهم كالمسجد في حقنا، والمسلم لو فعل داره مسجدًا لا يورث، فينبغي أن تكون البيعة كذلك؛ لأنا نقول: المسجد يحرز من حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصًا فلا يورث، ولا كذلك البيعة؛ لأن البيع عندهم لمنافع، فإن أساقفتهم تسكن فيها ويدفن فيها موتاهم، كذا في جامع قاضي خان وغيره.

وعندهما: هذه معصية فلا تصح الوصية بالمعاصي، وهو قول الأئمة الثلاثة، فيورث بالاتفاق لكن على اختلاف التخريج.

قوله: (وإن أوصى بذلك لقوم مسمين) أي: معلومين يحصى عددهم جاز بالاتفاق، وفيه خلاف الشافعي وأحمد وأبي(١) ثور.

قوله: (وقالا: الوصية باطلة)، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي جامع البرهاني: قال مشايخنا: هذا الاختلاف فيما إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى، [٢/ ٥٣٥/ب] أما في المصر لا يجوز باتفاق أصحابنا؛ لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصول: (أبو) والصواب المثبت.

اعْتِقَادِهِمْ؛ أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةً مَعْصِيَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ لَا تَجُوزُ الوَصِيَّةُ، اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ فَكَذَا عَكْسُهُ.

ثُمَّ الفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ بِنَاءِ البِيعَةِ وَالكَنِيسَةِ وَبَيْنَ الوَصِيَّةِ بِهِ: أَنَّ البِنَاءَ نَفْسَهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِزَوَالِ مِلْكِ البَانِي. وَإِنَّمَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِأَنْ يَصِيرَ مُحَرَّرًا خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَى كَمَا فِي مَسَاجِدِ المُسْلِمِينَ، وَالكَنِيسَةُ لَمْ تَصِرْ مُحَرَّرَةً لِلَّهِ تَعَالَى حَقِيقَةً، فَتَبْقَى مِلْكًا لِلْبَانِي فَتُورَثُ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُمْ يَبْنُونَ فِيهَا الحُجُرَاتِ وَيَسْكُنُونَهَا فَلَمْ يَتَحَرَّرْ، لِتَعَلُّقِ حَقِّ العِبَادِ بِهِ، وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يُورَثُ المَسْجِدُ أَيْضًا لِعَدَمِ تَحَرُّرِهِ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّهُ وُضِعَ لِإِزَالَةِ المِلْكِ، إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ ثُبُوتُ مُقْتَضَاهُ فِي غَيْرِ مَا هُوَ قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ، فَبَقِيَ فِيمَا هُوَ قُرْبَةٌ عَلَى مُقْتَضَاهُ، فَيَزُولُ مِلْكُهُ فَلَا يُورَثُ.

ثُمَّ الحَاصِلُ: أَنَّ وَصَايَا الذِّمِّيِّ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ: مِنْهَا أَنْ تَكُونَ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ، وَلَا تَكُونَ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمَا إِذَا أَوْصَى الذِّمِّيُّ بِأَنْ تُذْبَحَ خَنَازِيرُهُ وَتُطْعَمَ المُشْرِكِينَ، وَهَذِهِ عَلَى الخِلَافِ إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّيْنَ كَمَا ذَكَرْنَاهُ وَالوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ. وَمِنْهَا: إِذَا أَوْصَى بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا، وَلَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي

قوله: (امتنع ثبوت مقتضاه) أي: مقتضى الوصية على تأويل الإيصاء، وهو زوال الملك فلذلك لا يورث.

وفي زيادات صاحب الكتاب: سأل محمد على نفسه سؤالًا، فقال: كيف يكون هذا قربة من الذمي، وإنه لا يثاب على ذلك؟

فأجاب وقال: الأحكام في حقهم إنما تنبني على ما يظهرون لا على الحقيقة.

ألا ترى أنه إذا ذبح وسمى الله تحل ذبيحته، وإن كان ما يعتقده إلهًا ليس بإلهٍ على الحقيقة، ولو ذبح باسم المسيح لا تحل ذبيحته على ما قال عليّ: إذا ما سمعتموهم سمّوا لغير الله فلا تأكلوا.

قوله: (والوجه ما بينا) أي: من الجانبين، فالاعتبار لاعتقادهم عنده، وعندهما: أنه وصية بمعصية، وهو قول الشافعي، وأبي[1] ثور، وأحمد.

---

(١) في الأصول: (أبو) والصواب المثبت.

مُعْتَقَدِهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِالحَجِّ، أَوْ بِأَنْ يُبْنَى مَسْجِدٌ لِلْمُسْلِمِينَ، أَوْ بِأَنْ يُسْرَجَ فِي مَسَاجِدِ الْمُسْلِمِينَ، فَهَذِهِ الوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ بِالإِجْمَاعِ، اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ، إِلَّا إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ، لِوُقُوعِهِ تَمْلِيكًا، لِأَنَّهُمْ مَعْلُومُونَ، وَالجِهَةُ مَشُورَةٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا أَوْصَى بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِأَنْ يُسْرَجَ فِي بَيْتِ المَقْدِسِ، أَوْ يُغْزَى التُّرْكُ وَهُوَ مِن الرُّومِ، وَهَذَا جَائِزٌ، سَوَاءٌ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ، أَوْ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمْ، لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةً، وَفِي مُعْتَقَدِهِمْ أَيْضًا. وَمِنْهَا: إِذَا أَوْصَى بِمَا لَا يَكُونُ قُرْبَةً لَا فِي حَقِّنَا، وَلَا فِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِلْمُغَنِّيَاتِ وَالنَّائِحَاتِ، فَإِنَّ هَذَا غَيْرُ جَائِزٍ، لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ فِي حَقِّنَا وَفِي حَقِّهِمْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ فَيَصِحُّ تَمْلِيكًا وَاسْتِخْلَافًا، وَصَاحِبُ الهَوَى إِنْ كَانَ لَا يَكْفُرُ، فَهُوَ فِي حَقِّ الوَصِيَّةِ بِمَنْزِلَةِ المُسْلِمِ، لِأَنَّا أُمِرْنَا بِبِنَاءِ الأَحْكَامِ عَلَى الظَّاهِرِ،

قوله: (والجهة مشورة) أي: صرف هذا المال الموصى به إلى استضاءة المسجد، وغيره خرج على وجه المشورة لا على طريق الإلزام.

قال قاضي خان: فلو كان لقوم بأعيانهم صحت ويكون تمليكًا، وإنها ليست بقربة في اعتقادهم؛ فلا يكون تمليكًا إلى الله تعالى في اعتقادهم، فلا يصح.

قوله: (وهو من الروم) أي: الموصي من الروم أو من الديلم، أو بأن يشتري العبيد من ثلث ماله ويعتق في سبيل الله، فإنها صحيحة بالاتفاق؛ لأن هذه وصية مما هو قربة حقيقة عندهم؛ فتكون صحيحة.

وغاية ما في الباب أنه لا يؤجر بهذه الوصية ولا يستحق الثواب بها، واستحقاق [الثواب][1] ليس بشرط في صحة الوصية، بل شرطها جعله لله تعالى بجهة القربة.

ألا ترى أن المسلم لو أوصى بالقربة ولم تحضره النية صحت الوصية، وإن كان لا يستحق الثواب، كذا ذكره صاحب الكتاب في الزيادات.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَإِنْ كَانَ يَكْفُرُ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ المُرْتَدِّ، فَيَكُونُ عَلَى الخِلَافِ المَعْرُوفِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ.

وَفِي المُرْتَدَّةِ: الأَصَحُّ أَنَّهُ تَصِحُّ وَصَايَاهَا، لِأَنَّهَا تَبْقَى عَلَى الرِّدَّةِ، بِخِلَافِ المُرْتَدِّ، لِأَنَّهُ يُقْتَلُ أَوْ يُسْلِمُ. قَالَ: (وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ، فَأَوْصَى لِمُسْلِمٍ، أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُلِّهِ، جَازَ) لِأَنَّ امْتِنَاعَ الوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الوَرَثَةِ، وَلِهَذَا تَنْفُذُ بِإِجَازَتِهِمْ، وَلَيْسَ لِوَرَثَتِهِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ، لِكَوْنِهِمْ فِي دَارِ الحَرْبِ، إِذْ هُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّنَا، وَلِأَنَّ حُرْمَةَ مَالِهِ بِاعْتِبَارِ الأَمَانِ، وَالأَمَانُ كَانَ لِحَقِّهِ لَا لِحَقِّ وَرَثَتِهِ، وَلَوْ كَانَ أَوْصَى بِأَقَلَّ مِن ذَلِكَ: أُخِذَتْ الوَصِيَّةُ، وَيُرَدُّ البَاقِي عَلَى وَرَثَتِهِ، وَذَلِكَ مِن حَقِّ المُسْتَأْمَنِ أَيْضًا. وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عِنْدَ المَوْتِ، أَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، فَذَلِكَ

قوله: (على الخلاف المعروف)، وهو أن ملكه يزول عنه خلافا لهما، وقد مر بيان خلاف الأئمة الثلاثة في بيان أحكام المرتدين.

فكل من قال بزوال ملكه بالردة لا تصح وصيته، وكل من قال بعدم الزوال تصح، وفي المرتدة الأصح أنها تصح وصاياه؛ لأنها تبقى على الردة، يعني لا تقبل عندنا، فإذا كانت تبقى على الردة صارت كسائر الكفار، فيصح تصرفها، ولأن الوصية لها استخلاف أو تمليك ولها ولاية كليهما.

وذكر صاحب الكتاب في زياداته على خلاف هذا وقال: قال بعضهم: لا تكون بمنزلة الذمية، وهو الصحيح لا تصح منها وصية.

والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، أما المرتدة لا تقر على اعتقادها.

قوله: ([بماله كله])(١) هذا إذا لم يكن ورثته معه في دار الإسلام أما لو كانت معه يتوقف على إجازتهم وإليه أشار في الكتاب بقوله وليس لورثته حق يراعى لكونهم في دار الحرب إلى آخره.

قوله: (وذلك من حق المستأمن أيضًا) أي: الرد إلى ورثته من حقه أيضًا لا لحق ورثته؛ لأنه ما رضي بزوال ملكه إلى غير وارثه.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

صَحِيحٌ مِنْهُ مِن غَيْرِ اعْتِبَارِ الثُّلُثِ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لَهُ مُسْلِمٌ، أَوْ ذِمِّيٌّ بِوَصِيَّةٍ جَازَ، لِأَنَّهُ مَا دَامَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ فَهُوَ فِي المُعَامَلَاتِ بِمَنْزِلَةِ الذِّمِّيِّ، وَلِهَذَا تَصِحُّ عُقُودُ التَّمْلِيكَاتِ مِنْهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَيَصِحُّ تَبَرُّعُهُ فِي حَيَاتِهِ فَكَذَا بَعْدَ مَمَاتِهِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُ مُسْتَأْمَنٌ مِن أَهْلِ الحَرْبِ، إِذْ هُوَ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ وَيُمَكَّنُ مِنْهُ، وَلَا يُمَكَّنُ مِن زِيَادَةِ المُقَامِ عَلَى السَّنَةِ إِلَّا بِالجِزْيَةِ. وَلَوْ أَوْصَى الذِّمِّيُّ بِأَكْثَرَ مِن الثُّلُثِ، أَوْ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ، لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالمُسْلِمِينَ، لِأَنَّهُمْ التَزَمُوا أَحْكَامَ الإِسْلَامِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى المُعَامَلَاتِ.

وَلَوْ أَوْصَى لِخِلَافِ مِلَّتِهِ جَازَ، اعْتِبَارًا بِالإِرْثِ، إذ الكُفْرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ أَوْصَى لِحَرْبِيٍّ، فِي دَارِ الإِسْلَامِ: لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الإِرْثَ مُمْتَنِعٌ ....

قوله: (لما بينا) وهو أن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلى آخره.

قوله: (ولو أوصى له مسلم أو ذمي بوصيّة جاز)، وبه قال مالك، وأحمد، وأكثر أصحاب الشافعي، حتى قالوا: جاز الوصية للحربي في دار الحرب.

أما عندنا، وبعض أصحاب الشافعي: لا يجوز في دار الحرب.

وعن أبي حنيفة رحمه الله، وأبي يوسف: لا يجوز في دار الإسلام أيضًا.

قوله: (لأنه من أهل الحرب) وقد قال الله تعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ﴾ إلى قوله: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة:٨-٩] فدلت الآية أن المبرة في حق من قاتلنا لا تحل.

قوله: (ولو أوصى لحربي في دار الإسلام)، وقوله: (في دار الإسلام) ظرف لأوصى لا لحربي (فإن الوصية عندنا للحربي في دار الحرب لا تجوز) باتفاق الروايات.

وقد قلنا: إن عند مالك، وأحمد، وأكثر أصحاب الشافعي: يجوز؛ لما روي أنه ﷺ «أعطى لعمر حلة من حرير، فقال عمر: يا رسول الله وقد قلت في الحرير ما قلت، فقال عليه الصلاة والسلام: «**إنّي لَم أُعطِكَها لِتلْبَسَها**» فكساها عمر أخًا له مشركًا بمكة».

لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ، وَالوَصِيَّةُ أُخْتُهُ، وَٱللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بَابُ الوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ

وعن أسماء بنت أبي بكر قالت: أتتني أمي راغبة عن الإسلام، فسألت رسول الله ﷺ وقلت: يا رسول الله أفأَصِلُها؟ [٢/٥٣٦/أ] قال: «**نَعَم، وهَذا فِيهِما صِلَةُ أهلِ الحربِ وبِرِّهِم**».

قلنا: هذا خبر واحد غريب غير مشهور، فلا يترك ظاهر الكتاب، مع أن هذا لا يدل على جواز الوصية لإمكان أن يكون ذلك قبل النهي أو كان لجهة غير التمليك، كذا قيل.

قوله: (**لتباين الدارين**) أي: حقيقة وحكمًا حتى لو أوصى الذمي لحربي مستأمن يجوز. والله أعلم بالصواب.

بَابُ الْوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ

لما ذكر حكم الموصى له شرع في بيان حكم الموصى إليه، وقدم الموصى له لكثرة وقوعها.

وفي الصحاح: أوصى إلى رجل: جعله وصيًّا، والاسم: الوصاية بالكسر والفتح.

وفي المحيط: ينبغي للمسلم إذا حضره الموت أن يوصي ويكتب كتاب وصيته؛ لقوله عليه السلام: «**لَا يَحِلُّ لرجلٍ يؤمِنُ باللهِ واليوم الآخِرِ أن يبيتَ إلّا ووصيَّتُهُ تحتَ رأسِهِ**»، ويكتب: هذا ما أوصى فلان بن فلان، وأنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا عبده ورسوله، وآمنتُ بجميع رسله من آدم إلى محمد، ويشهد أن الجنة حق، والنار حق، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور، وأن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين.

وأن العبد المذنب الضعيف المُفَرِّط في طاعته، المُقَصِّر في خدمته، المفتقر إلى رحمته، الراجي لفضله، ترك من المال الصامت كذا، ومن العقار كذا، وعليه من الديون كذا -إن كان عليه-، ويكتب اسم الغريم واسم أبيه وجَدِّه،

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ، فَقَبِلَ الوَصِيُّ فِي وَجْهِ المُوصِي، وَرَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ، فَلَيْسَ بِرَدٍّ) لِأَنَّ المَيِّتَ مَضَى مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ، فَلَوْ صَحَّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فِي حَيَاتِهِ، أَوْ بَعْدَ مَمَاتِهِ، صَارَ مَغْرُورًا مِن جِهَتِهِ فَرُدَّ رَدُّهُ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ عَبْدٍ

ويكتب: إن مِتُّ من مرضي هذا أوصيت بأن يُصرَف ثلثُ مالي إلى كذا وكذا، وأوصيت إلى فلان بن فلان ليقوم بقضاء ديوني، وينفذ وصيتي، وتمهيد أسباب ورثتي، فعليه أن يتقي الله حق تُقاتِهِ، ولا يتقاعد عن أمور وصيته، ولا يتقاصر عن إيفاء حقوقه واستيفائه، وإن تقاعد كان الله حسبنا عليه، ويُشْهِد على ذلك.

قوله: (**وَرَدَّها**) أي: الوصاية (**في غير وجهه**) أي: بغير علمه، المراد[1] من الوجه: العلم، كذا فسره في الذخيرة.

(**فَرُدَّ رَدُّهُ**) أي: رد الوصي بغير علمه وبعد مماته، قال الشافعي وأحمد: له رده بغير علمه وبعد موته؛ لأنه متصرف في مال الغير بإذنه، فكان له عزل نفسه كالوكيل

ولنا ما ذكر في الكتاب، وعن أحمد رواية في الرد بعد موته مثل قولنا.

قوله: (**بخلاف الوكيل**) إلى آخره. في النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وأدب القاضي للصدر الشهيد وجامع المحبوبي وفتاوى قاضي خان، حيث ذُكِرَ فيها أن الوكيل لو عزل نفسه حال غيبة الموكل، وكذا من غير علمه لا ينعزل، حتى لو عزل نفسه لا يخرج عن الوكالة

من العجب أن الإمام قاضي خان ذكر في جامعه ما يوافق رواية الهداية، والله أعلم بصحته، وقول الأئمة الثلاثة موافق لما ذكر في الهداية.

أما الموصى له إذا قبل الوصية في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته يصح رده، والفرق أن الإيصاء توكيل بعد الموت، وإضافة الوكالة إلى وقت في المستقبل جائزة، كما لو قال: وكلتك ببيع عبدي غدًا، فهذا جائز قياسًا واستحسانًا.

أما الوصية في المال[2] فتمليك في المستقبل، والقياس يأباه، كما لو قال:

---

(١) في الأصل: (أو)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) في الأصل: (المالك)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

بِغَيْرِ عَيْنِهِ، أَوْ بِبَيْعِ مَالِهِ، حَيْثُ يَصِحُّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ، لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ هُنَاكَ، لِأَنَّهُ حَيٌّ قَادِرٌ عَلَى التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ (فَإِنْ رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ، فَهُوَ رَدٌّ) لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُوصِي وِلَايَةُ إِلْزَامِهِ التَّصَرُّفَ، وَلَا غُرُورَ فِيهِ، لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُنِيبَ غَيْرَهُ (وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ الْمُوصِي، فَهُوَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ قَبِلَ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ) لِأَنَّ

وهبتك عبدي هذا غدًا لم يصح، فإذا صح الإيصاء في حال الحياة قياسًا واستحسانًا صح القبول في الحال أيضًا، فإذا صح قبوله فلا يصح رده بعد موته؛ دفعًا للغرور.

أما التمليك المضاف إلى وقت في المستقبل لا يصح في الحال، فصار وجوده وعدمه بمنزلة، فلم يصح القبول في الحال، ولو رده بعد موته لم يلزم الغرور؛ لأن الوصاية استخلاف في الولاية، وولاية تصرفه قائم، فكذا استخلافه يثبت في الحال.

أما الوصية بالمال استخلاف في نفس الملك، والملك يثبت بعد الموت، فيعتبر القبول والرد حال ثبوت الملك، وهو ما بعد الموت، ولأن المقصود من الإيصاء توفير المنفعة على الموصي ودفع الضرر عنه، وبعدما قبل الوصاية لو جاز رده بعد موته لتعذر الموصي؛ لأنه ترك النظر إليه اعتمادًا على قبوله، إلى آخر[(١)] ما ذكر في الكتاب.

وأما في الوصية بالمال فإن المقصود هناك توفير [٢/ ٥٣٦/ب] المنفعة على الموصى له، وليس في رده بعد موته معنى الضرر والغرور؛ لأنه إذا رده لا يضيع المال بل يصير إلى وارثه، وذلك خير للموصي شرعًا، وهذه الفروق الثلاثة مستفادة من المبسوط والذخيرة والإيضاح.

قوله: (وإن شاء لم يَقْبَل) ولا يُعلَم فيه خلاف.

فإن قيل: ينبغي أن لا يملك الرد عندنا؛ لأن الموصي اعتمد عليه على أن يقبله، وترك الإيصاء على غيره، فلو رده يصير مغرورًا.

قلنا: يصير مغترًّا لا مغرورًا؛ لأنه ينبغي أن يسأله أنه يقبل أم لا يقبل،

---

(١) في الأصل: (آخره)، والمثبت من النسخة الثالثة، والثالثة.

المُوصِيَ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الإِلْزَامِ، فَبَقِيَ مُخَيَّرًا، فَلَوْ أَنَّهُ بَاعَ شَيْئًا مِن تَرِكَتِهِ فَقَدْ لَزِمَتْهُ، لِأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةُ الِالتِزَامِ وَالقَبُولُ، وَهُوَ مُعْتَبَرٌ بَعْدَ المَوْتِ، وَيَنْفُذُ البَيْعُ لِصُدُورِهِ مِن الوَصِيِّ، وَسَوَاءٌ عَلِمَ بِالوِصَايَةِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالتَّوْكِيلِ فَبَاعَ، حَيْثُ لَا يَنْفُذُ، لِأَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ، لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِحَالِ انْقِطَاعِ وِلَايَةِ المَيِّتِ، فَتَنْتَقِلُ الوِلَايَةُ إِلَيْهِ، وَإِذَا كَانَتْ خِلَافَةً لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ كَالوِرَاثَةِ.

أَمَّا التَّوْكِيلُ: إِنَابَةٌ لِثُبُوتِهِ فِي حَالِ قِيَامِ وِلَايَةِ المُنِيبِ، فَلَا يَصِحُّ مِن غَيْرِ عِلْمِهِ كَإِثْبَاتِ المِلْكِ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، ....

وبني الأمر على قبوله فصار مغترًّا لا مغرورًا، كذا في الذخيرة.

قوله: (لأن ذلك) أي: البيع (دلالة التزامه وقبوله) فدليل القبول كصريحه، وكذا لو اشترى للميت بعض ما يحتاجون إليه، أو[1] اقتضى مالًا أو قضاه لزمته؛ لوجود القبول دلالةً، كالمشروط له الخيارُ إذا وُجِدَ منه ما يدل على الإجازة والفسخ كان ذلك بمنزلة التصريح لذلك، والأصل فيه قوله ﷺ [لِبَرِيرَةَ][2] «إن وَطِئَكِ زوجُكِ فلا خِيارَ لَكِ»[3]، كذا في المبسوط[4].

قوله: (كالوراثة) يعني أن الوصاية لما كانت خلافة لثبوته أوانَ انقطاع ولاية الموصي فكان كالوراثة، ولو تصرف الوارث في التركة قبيل العلم بموت المورث يجوز وينفذ، ولا يملك رده، فكذا الوصاية، كذا في الذخيرة.

قوله: (كإثبات الملك بالبيع والشراء) قبل القبول بأن باع شيئًا وقال: بعت هذا من فلان، أو اشتريت هذا من فلان، ولم يَعْلَم، وكذا لو وهب من فلان ولم يَعْلَم فلانٌ يتوقف نفاذ العقود على القبول، كذا هذا.

---

(١) في الأصل: (إذ)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبتة من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ٤٤٩ رقم ٣٧٧٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٢٢٥ رقم ١٤٦٧١) من حديث عائشة رضي الله عنها.
قال البيهقي: تفرَّد به محمد بن إبراهيم.
وأخرجه أبو داود (٢/ ٢٧١ رقم ٢٢٣٦) بلفظ: «إن قَرِبَكِ فلَا خِيارَ لَكِ».
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/ ٢٤).

وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ العِلْمِ وَشَرْطَ الإِخْبَارِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِن الكُتُبِ.

(وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ حَتَّى مَاتَ المُوصِي، فَقَالَ: لَا أَقْبَلُ، ثُمَّ قَالَ: أَقْبَلُ، فَلَهُ ذَلِكَ إنْ لَمْ يَكُن القَاضِي أَخْرَجَهُ مِن الوَصِيَّةِ حِينَ قَالَ: لَا أَقْبَلُ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهِ: «لَا أَقْبَلُ» لَا يَبْطُلُ الإِيصَاءُ، لِأَنَّ فِي إِبْطَالِهِ ضَرَرًا بِالمَيِّتِ، وَضَرَرُ الوَصِيِّ فِي الإِبْقَاءِ مَجْبُورٌ بِالثَّوَابِ، وَدَفْعُ الأَوَّلِ وَهُوَ أَعْلَى أَوْلَى، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ إِذَا أَخْرَجَهُ عَن الوِصَايَةِ يَصِحُّ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، إِذْ لِلْقَاضِي وِلَايَةُ دَفْعِ الضَّرَرِ، وَرُبَّمَا يَعْجِزُ عَنْ ذَلِكَ فَيَتَضَرَّرُ بِبَقَاءِ الوِصَايَةِ، فَيَدْفَعُ القَاضِي الضَّرَرَ عَنْهُ، وَيُنَصِّبُ حَافِظًا لِمَالِ

قوله: (وقد بينا شرط العلم) إلى آخره، ومن تلك الكتب ما ذَكَر المصنفُ في فصل القضاء بالمواريث بقوله: (ومن أعلم من الناس بالوكالة) إلى آخره.

قوله: (ودفع الأولى) وهي المضرة (وهو) أي: الأولى (أعلى)[١] يعني لما قال: لا أقبل لا يبطل الإيصاء ولم يَرْتَدَّ؛ لأنه لو بَطَل لوقع الموصي في الضرر، والضرر واجب الدفع، وإن كان في وجوب الإيصاء نوعُ ضررٍ على الموصي، ولكن هذا الضرر أقل من ذلك الضرر؛ لأن هذا مجبور بالثواب، وذلك غير مجبور بشيء، كذا ذكره الكشاني.

وقوله: (إلا أن القاضي إذا أخرجه) استثناءٌ من قوله: (ثم قال: أقبَلُ)[٢]، فله ذلك يعني يجوز قبوله إلا إذا أخرجه القاضي عن الوصاية حين قال: أقبل، فحينئذ لا يصح قبوله بعد ذلك، ويصح إخراج القاضي [الوصي][٣] عن الوصاية حين قال: لا أقبل.

(لأنه) أي: خروجه عن الوصاية بقوله: لا أقبل (مجتهد فيه) فإن عند زفر يخرج عن الوصاية بقوله لا أقبل بلا علم الموصي فالقاضي متى أخرجه فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ هكذا قرره الإمام السرخسي ومن المشايخ من قال لا حاجة إلى هذا فإن للقاضي ولاية إخراجه عن الوصاية لو صحت بقبوله فهاهنا أولى وإليه ذهب الحلواني، كذا في أدب القاضي للصدر الشهيد.

---

(١) في الأصل: (أصلي)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) انظر المتن ص ٨٦٣.
(٣) في الأصل: (للقاضي)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

الْمَيِّتِ مُتَصَرِّفًا فِيهِ، فَيَنْدَفِعُ الضَّرَرُ مِن الجَانِبَيْنِ، فَلِهَذَا يَنْفُذُ إِخْرَاجُهُ، فَلَوْ قَالَ بَعْدَ إِخْرَاجِ القَاضِي إِيَّاهُ: أَقْبَلُ، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ قَبِلَ بَعْدَ بُطْلَانِ الوِصَايَةِ بِإِبْطَالِ القَاضِي.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ، أَوْ كَافِرٍ، أَوْ فَاسِقٍ، أَخْرَجَهُمْ القَاضِي عَن

قوله: (ومن أوصى إلى عبد) أي: عبد غيره، وبه صرح في المبسوط، ولأنه يذكر حكم وصاية عبد نفسه بعد هذا تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل بلا خلاف العلماء، ولا يصح المجنون ولا طفل بلا خلاف أيضًا، وتصح الوصية إلى المرأة عند أكثر أهل العلم، ولم يجزه عطاء؛ لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون.

للعامة ما روي عن عمر أنه وصى إلى حفصة، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل، ويعتبر للقضاء الكمال في الخلفية والاجتهاد بخلاف الوصية.

أما الكافر فعندنا يصح في رواية، ولكن يخرجه القاضي، وبه قال الشافعي في وجه وأحمد في رواية، وقال مالك والشافعي في وجه، وأحمد في رواية، وأبو ثور: لا يصح، وهو رواية عندنا؛ لأنه لا يلي على مسلم، وليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلا تصح الوصية كالمجنون.

وجه الروايتين مذكور في المتن.

أما العبد فعند مالك وأحمد تجوز الوصية إلى العبد، سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره؛ لأنه يجوز استنابته في الحياة فصح أن يوصى إليه كالحر، وقال النخعي والأوزاعي وابن شبرمة: تصح الوصية إلى عبد نفسه لا إلى عبد غيره، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأبو ثور: لا تصح إلى العبد بحال؛ لأنه لا يلي على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي بالوصية كالمجنون، وعند أبي حنيفة رحمه الله تصح إذا لم يكن في [٢/ ٥٣٧/ أ] الورثة كبار وصية عبد نفسه، وفي عبد الغير في رواية لا تصح، وفي رواية تصح ولكن يخرجه القاضي كما ذكر في المتن.

والخلاف في المكاتب، والمدبَّر، وأم الولد، ورقيق البعض كالخلاف في

الوِصَايَةِ، وَنَصَّبَ غَيْرَهُمْ) وَهَذَا اللَّفْظُ يُشِيرُ إِلَى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ، لِأَنَّ الإِخْرَاجَ يَكُونُ بَعْدَهَا. وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الأَصْلِ: أَنَّ الوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ. قِيلَ: مَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ أَنَّ الوَصِيَّةَ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ: مَعْنَاهُ فِي العَبْدِ بَاطِلٌ حَقِيقَةً، لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ وَاسْتِبْدَادِهِ،

القن عندهم، وعندنا تجوز الوصية إلى مكاتبه أو مكاتب غيره لأنه في خلافته بمنزلة الحر، حتى لو عجز وعاد قِنًّا كان الجواب فيه كالجواب في القن، ذكره في المبسوط[1]، والإيضاح.

وأما الفاسق فعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية: لا تصح الوصية إليه؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، فلا يكون من أهل الولاية كالمجنون، وقال أحمد في رواية: تصح، ولكن ضم إليه أمين.

وعندنا تصح الوصية إليه لأنه عاقل بالغ نافذ التصرف وله ولاية خلافة على أصلنا، حتى يجوز أن يكون قاضيًا، ولكن يخرجه الحاكم لاتهامه بالجناية بسبب الفسق.

قوله: (وهذا اللفظ) أي: قوله: (أخرجهم القاضي) يشير إلى صحة الوصية، حتى لو تصرف قبل الإخراج يصح تصرفه، كذا في شرح الأقطع.

(لعدم ولايته) أي: لعدم ولاية العبد على نفسه، والوصية ولاية، والرق ينافي الولاية على نفسه فيمنع على غيره.

(واستبداده) أي: لعدم استبداده بنفسه؛ لأن منافعه لمولاه فالظاهر أنه يمنعه من التبرع بها على غيره، وكذا بعد إجازة المولى لا تصح أيضًا وصايته؛ لأن هذا بمنزلة الإعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم، فإذا رجع المولى عنه كان العبد عاجزًا عن التصرف بالوصاية، إليه أشار في المبسوط[2].

قوله: (لعدم ولايته)، أي: ولاية الكافر على المسلم، ولهذا لا يرث من المسلم فلا يكون وصيًّا له؛ لأن الوصاية خلافة كالوراثة، ولهذا لا تجوز وصية الذمي إلى الحربي وهو ظاهر الرواية، وفي رواية: تصح، ويخرجه الحاكم لأنه

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/ ٢٥).
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/ ٢٤).

وَفِي غَيْرِهِ: مَعْنَاهُ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ فِي الكَافِرِ بَاطِلٌ أَيْضًا، لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ عَلَى المُسْلِمِ. وَوَجْهُ الصِّحَّةِ ثُمَّ الإِخْرَاجُ أَنَّ أَصْلَ النَّظَرِ ثَابِتٌ، لِقُدْرَةِ العَبْدِ حَقِيقَةً، وَوِلَايَةُ الفَاسِقِ عَلَى أَصْلِنَا، وَوِلَايَةُ الكَافِرِ فِي الجُمْلَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ النَّظَرُ، لِتَوَقُّفِ وِلَايَةِ العَبْدِ عَلَى إِجَازَةِ المَوْلَى، وَتَمَكُّنِهِ مِن الحَجْرِ بَعْدَهَا وَالمُعَادَاةِ الدِّينِيَّةِ البَاعِثَةِ لِلْكَافِرِ عَلَى تَرْكِ النَّظَرِ فِي حَقِّ المُسْلِمِ، وَاتِّهَامِ الفَاسِقِ بِالخِيَانَةِ، فَيُخْرِجُهُ القَاضِي مِن الوِصَايَةِ، وَيُقِيمُ غَيْرَهُ مُقَامَهُ إِتْمَامًا لِلنَّظَرِ. وَشَرَطَ فِي الأَصْلِ: أَنْ يَكُونَ الفَاسِقُ مَخُوفًا عَلَيْهِ فِي المَالِ، وَهَذَا يَصْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ بِغَيْرِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدِ نَفْسِهِ، وَفِي الوَرَثَةِ كِبَارٌ، لَمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ) لِأَنَّ لِلْكَبِيرِ أَنْ يَمْنَعَهُ، أَوْ يَبِيعَ نَصِيبَهُ، فَيَمْنَعَهُ المُشْتَرِي، فَيَعْجِزُ عَن الوَفَاءِ بِحَقِّ الوِصَايَةِ، فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ، وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا كُلُّهُمْ، فَالوَصِيَّةُ إِلَيْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا(*)، وَهُوَ القِيَاسُ. وَقِيلَ: قَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرِبٌ، يَرْوِي مَرَّةً مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَارَةً مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَجْهُ القِيَاسِ: أَنَّ الوِلَايَةَ مُنْعَدِمَةٌ، لِمَا أَنَّ الرِّقَّ يُنَافِيهَا، وَلِأَنَّ فِيهِ إِثْبَاتَ الوِلَايَةِ لِلْمَمْلُوكِ عَلَى المَالِكِ، وَهَذَا قَلْبُ المَشْرُوعِ، وَلِأَنَّ الوِلَايَةَ الصَّادِرَةَ مِن الأَبِ لَا تَتَجَزَّأُ، وَفِي اعْتِبَارِ هَذِهِ تَجْزِئَتُهَا، لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ رَقَبَتِهِ، وَهَذَا نَقْضُ المَوْضُوعِ ....

أهل للتصرف والاستنابة فيصح، ويخرجه الحاكم لأنه لا يتولى البيوع الفاسدة، كذا في المبسوط[1].

قوله: (وولاية الكافر في الجملة) عندنا، حتى لا يجوز شراؤه عبدًا مسلمًا ويؤمر ببيعه.

قوله: (ويبيع نصيبه) أي: يبيع الوارث الكبير نصيبه من العبد، وذكر البزدوي: فمتى صار بعضه موليًا عليه - وهما مما لا يتجزأ - بطل كله.

قوله: (وهذا نقض الموضوع)؛ لأن موضوع الوصية أن يتولى الوصي التصرف في جميع ما بقي من الميت، وفي منعه من بيع رقبته بحرية الوصاية.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/ ٢٥).

وَلَهُ: أَنَّهُ مُخَاطَبٌ مُسْتَبِدٌّ بِالتَّصَرُّفِ، فَيَكُونُ أَهْلًا لِلْوِصَايَةِ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ، فَإِنَّ الصِّغَارَ وَإِنْ كَانُوا مُلَّاكًا لَيْسَ لَهُمْ وِلَايَةُ الْمَنْعِ، فَلَا مُنَافَاةَ، وَإِيصَاءُ الْمَوْلَى إِلَيْهِ يُؤْذِنُ بِكَوْنِهِ نَاظِرًا لَهُمْ وَصَارَ كَالْمُكَاتَبِ، وَالْوِصَايَةُ قَدْ تَتَجَزَّأُ عَلَى مَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، أَوْ نَقُولُ: يُصَارُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبْطَالِ أَصْلِهِ، وَتَغْيِيرِ الْوَصْفِ

قوله: (وله) أي: لأبي حنيفة **(أنه)** أي: العبد **(مخاطَب)** يحترز به عن الصبي والمجنون، **(مستبد بالتصرف)** يحترز به عن عبد الغير فإنه لا يستبد بنفسه لأن لمولاه أن يحجره عن التصرف، وعن عبد نفسه إذا كان في الورثة كبير فإن للكبير بيع نصيبه منه كما ذكرنا فلا يبقى له استبداد بنفسه.

أما إذا كانت الورثة كلهم صغارًا فأحد لا يملك بيعه فجازت الوصية إليه، ولا يقال: للقاضي ولاية البيع في هذه المسألة؛ لأن الإيصاء إذا ثبت لم يبق للقاضي ولاية البيع من وجود الوصي، كذا في الأسرار.

قوله: (يؤذن بكونه) أي: بكون العبد **(ناظرًا لهم)** أي: مشفقًا عليهم وإلا لما اختاره للإيصاء والظاهر هذا الخلاف عند الغير لأنه [مولى عليه][1] ولا شفقة له ظاهرًا.

قوله: (وصار كالمكاتب)، ولو أوصى إلى مكاتبه يجوز فكذا هذا.

قوله: (على ما هو المروي عن أبي حنيفة)، روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال فيمن أوصى إلى إنسان في الديون: هو وصي في الدين لا غير، حتى لا يكون له التصرف في العين، خلافًا لهما، والمسألة في المنظومة وجامع المحبوبي.

قوله: (أو نقول يصار إليه) أي: إلى تجزؤ الوصاية.

(كيلا يؤدي إلى إبطال أصله) أي: أصل الإيصاء وهو تصرف الموصي، **(وتغيير الوصف)** وهو كون الوصاية غير متجزئة بجعله متجزئة أولى من تغيير الأصل وهو إبطال تصرف الموصي بالكلية.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

لِتَصْحِيحِ الأَصْلِ أَوْلَى.

قَالَ: (وَمَنْ يَعْجَزُ عَنِ القِيَامِ بِالوَصِيَّةِ، ضَمَّ إِلَيْهِ القَاضِي غَيْرَهُ) رِعَايَةً لِحَقِّ المُوصِي وَالوَرَثَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ تَكْمِيلَ النَّظَرِ يَحْصُلُ بِضَمِّ الآخَرِ إِلَيْهِ لِصِيَانَتِهِ وَنَقْصِ كِفَايَتِهِ، فَيَتِمُّ النَّظَرُ بِإِعَانَةِ غَيْرِهِ، وَلَوْ شَكَا إِلَيْهِ الوَصِيُّ ذَلِكَ لَا يُجِيبُهُ حَتَّى يَعْرِفَ ذَلِكَ حَقِيقَةً، لِأَنَّ الشَّاكِيَ قَدْ يَكُونُ كَاذِبًا تَخْفِيفًا عَلَى نَفْسِهِ، وَإِذَا ظَهَرَ عِنْدَ القَاضِي عَجْزُهُ أَصْلًا اسْتَبْدَلَ بِهِ رِعَايَةً لِلنَّظَرِ مِنَ الجَانِبَيْنِ؛ وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّصَرُّفِ أَمِينًا فِيهِ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهُ، لِأَنَّهُ لَوْ اخْتَارَ غَيْرَهُ كَانَ دُونَهُ، لِمَا أَنَّهُ كَانَ مُخْتَارَ المَيِّتِ وَمَرْضِيَّهُ، فَإِبْقَاؤُهُ أَوْلَى، وَلِهَذَا قُدِّمَ عَلَى أَبِي المَيِّتِ مَعَ وُفُورِ شَفَقَتِهِ، فَأَوْلَى أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى غَيْرِهِ، وَكَذَا إِذَا شَكَا الوَرَثَةُ، أَوْ بَعْضُهُمْ الوَصِيَّ إِلَى القَاضِي، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَعْزِلَهُ حَتَّى يَبْدُوَ لَهُ مِنْهُ خِيَانَةٌ، لِأَنَّهُ اسْتَفَادَ الوِلَايَةَ مِنَ المَيِّتِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا ظَهَرَتْ الخِيَانَةُ فَالمَيِّتُ إِنَّمَا نَصَّبَهُ وَصِيًّا لِأَمَانَتِهِ، وَقَدْ فَاتَتْ، وَلَوْ كَانَ فِي الأَحْيَاءِ لَأَخْرَجَهُ مِنْهَا، فَعِنْدَ عَجْزِهِ يَنُوبُ القَاضِي مَنَابَهُ كَأَنَّهُ لَا وَصِيَّ لَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى إِلَى اثْنَيْنِ، لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ دُونَ صَاحِبِهِ) إِلَّا فِي أَشْيَاءَ مَعْدُودَةٍ نُبَيِّنُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ)[*]،

قوله: (ضم إليه القاضي غيره)، وبه قالت الأئمة الثلاثة، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (ولهذا قُدِّمَ) أي: الوصي (لأنه) أي: الوصي استفاد الولاية من الميت، والشاكي قد يكون ظالمًا في شكواه، فلما لم تتبين جنايته لا يخرجه عن الوصاية؛ لأن الموصي اختاره في النظر، كذا في المبسوط[1].

قوله: (وقال أبو يوسف: ينفرد) إلى آخره، ذكره الكاساني، قيل هذا الخلاف فيما إذا أوصى لكل واحد منهما بعقد على حدة، فعندهما لا يجوز لأحدهما أن يتصرف بدون غيره، وعنده يجوز، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/ ٢٤).

لِأَنَّ الوِصَايَةَ سَبِيلُهَا الوِلَايَةُ، وَهِيَ وَصْفٌ شَرْعِيٌّ لَا تَتَجَزَّأُ، فَيَثْبُتُ لِكُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلًا كَوِلَايَةِ الإِنْكَاحِ لِلْأَخَوَيْنِ، وَهَذَا لِأَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ، وَإِنَّمَا تَتَحَقَّقُ إِذَا انْتَقَلَتْ

أما إذا [٢/ ٥٣٧/ب] أوصى إليهما معًا بأن قال: أوصيتكما، فلا ينفرد أحدهما بإجماع علمائنا، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وقال الصفار: الخلاف فيما إذا أوصى إليهما معًا بعقد واحد، ولا خلاف فيما إذا أوصى كل واحد بعقد على حدة، قال أبو الليث: وهو الأصح وبه نأخذ.

وقال أبو بكر الإسكاف: الخلاف في الفصلين جميعًا.

وفي المبسوط: وعند كثير من مشايخنا ينفرد كل واحد فيما إذا أوصى إليهما بعقد على حدة بلا خلاف مثل الوكيلين، ولكن الأصح أن الخلاف في الفصلين؛ لأن وجوب الوصية يكون عند الموت، وعند الموت تثبت الوصية لهما معًا، بخلاف الوكالة لأن بالإيصاء إلى الثاني يقصد إشراكه مع الأول، وهو يملك الرجوع عن الوصية فيملك إشراك الثاني معه، وقد يوصي إلى غيره على ظن أنه يتمكن من إتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم إليه غيره، وكان بمنزلة الوصية إليهما بخلاف الوكيلين، فإن رأي الموكل قائم هناك وإذا عجز الوكيل تمكن الموكل من المباشرة بنفسه فلم يكن قصده ضم الثاني إليه، ولهما قصده إنابة كل واحد منابه بانفراده[(١)].

قوله: (سبيلها) أي: سبيل الوصاية الولاية بدليل أن الإيصاء يتم بقوله: أوصيت إليك، مطلقًا ولو كان طريقه الإنابة لم يصح بالتنصيص على ما هو المقصود كالتوكيل، فإنه لو قال: وكلتك بمالي، لا يملك التصرف، وكذا لو قال: جعلتك حاكمًا على مالي لا يملك تنفيذ القضاء ما لم يبين له ذلك، ولما صح الإيصاء إليه مطلقًا عرف أنه إثبات الولاية بطريق الخلافة، والدليل عليه أن أوان ثبوته بعد موت الموصي، بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة، كذا في المبسوط[(٢)].

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/ ٢١).

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/ ٢٦).

الوِلَايَةُ إِلَيْهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا لِلْمُوصِي، وَقَدْ كَانَ بِوَصْفِ الكَمَالِ، وَلِأَنَّ اخْتِيَارَ الأَبِ إِيَّاهُمَا يُؤْذِنُ بِاخْتِصَاصِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشَّفَقَةِ، فَيَنْزِلُ ذَلِكَ مَنْزِلَةَ قَرَابَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَلَهُمَا: أَنَّ الوِلَايَةَ تَثْبُتُ بِالتَّفْوِيضِ، فَيُرَاعَى وَصْفُ التَّفْوِيضِ، وَهُوَ وَصْفُ الِاجْتِمَاعِ، إِذْ هُوَ شَرْطٌ مُقَيَّدٌ، وَمَا رَضِيَ المُوصِي إِلَّا بِالمُثَنَّى، وَلَيْسَ الوَاحِدُ كَالمُثَنَّى، بِخِلَافِ الأَخَوَيْنِ فِي الإِنْكَاحِ، لِأَنَّ السَّبَبَ هُنَالِكَ القَرَابَةُ، وَقَدْ قَامَتْ بِكُلٍّ مِنْهُمَا كَمَلًا، وَلِأَنَّ الإِنْكَاحَ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ لَهَا عَلَى الوَلِيِّ، حَتَّى لَوْ طَالَبَتْهُ بِإِنْكَاحِهَا مِن كُفُؤٍ يَخْطُبُهَا يَجِبُ عَلَيْهِ، وَهَاهُنَا حَقُّ التَّصَرُّفِ لِلْوَصِيِّ، وَلِهَذَا يَبْقَى مُخَيَّرًا فِي التَّصَرُّفِ، فَفِي الأَوَّلِ: أَوْفَى حَقًّا عَلَى صَاحِبِهِ فَصَحَّ، وَفِي الثَّانِي: اسْتَوْفَى حَقًّا لِصَاحِبِهِ، فَلَا يَصِحُّ. أَصْلُهُ الدَّيْنُ الَّذِي عَلَيْهِمَا وَلَهُمَا، بِخِلَافِ الأَشْيَاءِ المَعْدُودَةِ، لِأَنَّهَا مِن بَابِ الضَّرُورَةِ لَا مِن بَابِ الوِلَايَةِ، وَمَوَاضِعُ الضَّرُورَةِ

قوله: (ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض)، يعني سبب هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة وصف التفويض، وإنما توصى الولاية إليهما جملة وهذا الشرط [مقيد][1] فلم تثبت بدون ذلك الشرط، وهذا لأنه رضي برأي الاثنين لا برأي واحد، ورأي الواحد لا يكون كرأيهما، بخلاف الأخوين في النكاح؛ لأن السبب ثمة الأخوة وهي لكل واحد على الكمال، والسبب هنا الإيصاء، وهو إليهما لا إلى واحد.

قوله: (أصله الدَّين الذي عليهما)، أي على الاثنين حيث يصح إيفاء أحدهما نصيب صاحبه، (ولهما) أي: للاثنين على الآخر دين حيث لا يصح استيفاء أحدهما نصيب الآخر.

قوله: (وهي) أي: مواضع الضرورة ما استثناه في الكتاب.

قوله: (إلا في أشياء معدودة)، في المبسوط: استحسانًا في الأشياء المعدودة[2].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/ ٢١).

مُسْتَثْنَاةٌ أَبَدًا، وَهِيَ مَا اسْتَثْنَاهُ فِي الكِتَابِ وَأَخَوَاتِهَا.

فَقَالَ: (إِلَّا فِي شِرَاءِ كَفَنِ المَيِّتِ وَتَجْهِيزِهِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ فَسَادَ المَيِّتِ، وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الجِيرَانُ عِنْدَ ذَلِكَ (وَطَعَامِ الصِّغَارِ وَكِسْوَتِهِمْ) لِأَنَّهُ يَخَافُ مَوْتَهُمْ جُوعًا وَعُرْيًا (وَرَدِّ الوَدِيعَةِ بِعَيْنِهَا، وَرَدِّ المَغْصُوبِ وَالمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا، وَحِفْظِ الأَمْوَالِ، وَقَضَاءِ الدُّيُونِ) لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِن بَابِ الوِلَايَةِ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ المَالِكُ، وَصَاحِبُ الدَّيْنِ إِذَا ظَفِرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ، وَحِفْظُ المَالِ يَمْلِكُهُ مَنْ يَقَعُ فِي يَدِهِ، فَكَانَ مِن بَابِ الإِعَانَةِ.

وفي الأسرار: إلا في ستة أشياء: تجهيز الميت، وقضاء الدين بحبس حقه، وشراء ما لا بد للصغير منه، وبيع ما يسرع إليه الفساد عند عدم الآخر، ورد الغصب والوديعة والخصومة.

وقال في جامع قاضي خان: ثمانية أشياء، وزاد على ما ذكر في الأسرار: تنفيذ الوصية المعينة، وقبول الهبة، وجمع الأموال الضائعة.

ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الأموال الضائعة فيعدّان واحدًا فتتم الثمانية.

والمصنف لما رأى اختلاف الأقوال في العدد لم يتعرض للعدد، بل قال: (إلا في الأشياء المعدودة).

قوله: (لأنها ليست من باب الولاية) أي: الولاية المستفادة من الموصي فإنه أي استرداد الوديعة والمغصوب والمشترى شراءً فاسدًا، وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز تفرد أحدهما في الكل.

قوله: **(وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه)** أي: يملك صاحب الدين من غير تسليم أحد، ولم يكن التسليم من باب الولاية أي: الولاية المستفادة من الوصي.

قوله: **(وحفظُ المال)** برفع **(حفظ)** هذا على وجه التعليل لقوله: **(وقضاء الدّيون)**، يعني أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين؛ لأنه ليس في قضاء الدين إلا حفظ المال إلى أن يقضي صاحب الدين، وكل من يقع المال في يده يملك حفظه، وهذا في قضاء الدين الذي على الميت، أما في اقتضاء الدين

وَلِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ (وَتَنْفِيذِ وَصِيَّةٍ بِعَيْنِهَا، وَعِتْقِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ (وَالْخُصُومَةِ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ) لِأَنَّ الِاجْتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ، وَلِهَذَا يَنْفَرِدُ بِهَا أَحَدُ الْوَكِيلَيْنِ (وَقَبُولِ الْهِبَةِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خِيفَةَ الْفَوَاتِ، وَلِأَنَّهُ يُمَلِّكُهُ الْأُمَّ، وَالَّذِي فِي حِجْرِهِ، فَلَمْ يَكُنْ مِن بَابِ الْوِلَايَةِ (وَبَيْعِ مَا يَخْشَى عَلَيْهِ التَّوَى وَالتَّلَفُ) لِأَنَّ فِيهِ ضَرُورَةً لَا تُخْفَى (وَجَمْعِ الْأَمْوَالِ الضَّائِعَةِ) لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ خَشْيَةَ الْفَوَاتِ، وَلِأَنَّهُ يُمَلِّكُهُ كُلَّ مَنْ وَقَعَ فِي يَدِهِ، فَلَمْ يَكُنْ مِن بَابِ الْوِلَايَةِ.

وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَلَيْسَ لِأَحَدِ الْوَصِيَّيْنِ أَنْ يَبِيعَ وَيَتَقَاضَى، وَالْمُرَادُ بِالتَّقَاضِي الِاقْتِضَاءُ، كَذَا كَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ فِي عُرْفِهِمْ، وَهَذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا جَمِيعًا فِي الْقَبْضِ، وَلِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ، لَا سِيَّمَا عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ عَلَى مَا عُرِفَ. فَكَانَ مِن بَابِ الْوِلَايَةِ، وَلَوْ أَوْصَى إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى الِانْفِرَادِ، قِيلَ: يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالتَّصَرُّفِ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلَيْنِ، إِذَا وَكَّلَ كُلَّ وَاحِدٍ عَلَى الِانْفِرَادِ، وَهَذَا

للميت على الغير فهو على الخلاف.

وفي المبسوط: وأما اقتضاء الدين واسترداد الوديعة فهو على الخلاف؛ لأن هذا يقبل التأخير، ويتحقق اجتماعهما عليه، وفيه توفير المنفعة لأن حفظ الواحد لا يكون كحفظ المثنى، وإنما رضي بحفظهما(١).

قوله: (وقبول الهبة) بالجر [٢/٥٣٨/أ] عطفًا على قوله: (إلا في شراء الكفن).

قوله: (وبيع ما يخشى عليه التوى)، وفي بعض النسخ: **(وقبول ما يخشى)**.

قوله: (والمراد بالتقاضي الاقتضاء) أي: القبض، وفي الكافي: البيع، والرهن، والإجارة، والكتابة، والتقاضي، أي: الاقتضاء وهو القبض وما أشبه ذلك، فعلى الاختلاف لأنها(٢) مبني على الرأي والولاية فلا يكون قبض أحدهما للأمانة كقبض الآخر، فالرضا بقبضهما لا يكون رضًا بقبض أحدهما، ولأنه في معنى المبادلة خصوصًا عند اختلاف الجنس.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/٢١). (٢) الصواب (لأنه).

لِأَنَّهُ لَمَّا أَفْرَدَ فَقَدْ رَضِيَ بِرَأْيِ الوَاحِدِ. وَقِيلَ: الخِلَافُ فِي الفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ، وَهُوَ الأَصَحُّ، لِأَنَّ وُجُوبَ الوَصِيَّةِ عِنْدَ المَوْتِ بِخِلَافِ الوَكِيلَيْنِ، لِأَنَّ الوَكَالَةَ تَتَعَاقَبُ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا جَعَلَ القَاضِي مَكَانَهُ وَصِيًّا آخَرَ، أَمَّا عِنْدَهُمَا: فَلِأَنَّ البَاقِيَ عَاجِزٌ عَنِ التَّفَرُّدِ بِالتَّصَرُّفِ، فَيَضُمُّ القَاضِي إِلَيْهِ وَصِيًّا آخَرَ نَظَرًا لِلْمَيِّتِ عِنْدَ عَجْزِهِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: الحَيُّ مِنْهُمَا، وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى التَّصَرُّفِ، فَالمُوصِي قَصَدَ أَنْ يَخْلُفَهُ مُتَصَرِّفًا فِي حُقُوقِهِ، وَذَلِكَ مُمْكِنُ التَّحَقُّقِ بِنَصْبِ وَصِيٍّ آخَرَ مَكَانَ المَيِّتِ.

وَلَوْ أَنَّ المَيِّتَ مِنْهُمَا أَوْصَى إِلَى الحَيِّ، فَلِلْحَيِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ وَحْدَهُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا أَوْصَى إِلَى شَخْصٍ آخَرَ. وَلَا يَحْتَاجُ القَاضِي إِلَى نَصْبِ وَصِيٍّ آخَرَ، لِأَنَّ رَأْيَ المَيِّتِ بَاقٍ حُكْمًا بِرَأْيِ مَنْ يَخْلُفُهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَنْفَرِدُ بِالتَّصَرُّفِ، لِأَنَّ المُوصِيَ مَا رَضِيَ بِتَصَرُّفِهِ وَحْدَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى إِلَى غَيْرِهِ، لِأَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بِرَأْيِ المُثَنَّى كَمَا رَضِيَهُ المُتَوَفَّى.

وَإِذَا مَاتَ الوَصِيُّ وَأَوْصَى إِلَى آخَرَ، فَهُوَ وَصِيُّهُ فِي تَرِكَتِهِ وَتَرِكَةِ المَيِّتِ الأَوَّلِ عِنْدَنَا.

قوله: (فلأن الباقي عاجزٌ)[1] - وفي بعض النسخ: (ولأن الثاني) إلى آخره، وبه قالت الأئمة وعلى هذا لو جنّ، أو وجد ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينًا، فلو أراد الحاكم رد النظر إلى الباقي منهما لم يكن له ذلك بلا خلاف، وقد روي عن بعض أصحاب الشافعي جواز ذلك في وجه؛ لأن النظر لو كان لموت الموصي من غير وصية كان له رده إلى واحد فكذلك هاهنا.

وقلنا: الوصي لم يرض بتصرف واحد فوجب ضم غيره إليه؛ لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده.

قوله: (وعن أبي حنيفة)، روى الحسن عن أبي حنيفة: أن الحي لا ينفرد بالتصرف؛ لأن الموصي ما رضي بتصرفه فلا يكون للوصي أن يرضى بما يعلم أن الموصي لم يرض به، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ المَيِّتِ الأَوَّلِ، اعْتِبَارًا بِالتَّوْكِيلِ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، الجَامِعُ بَيْنَهُمَا: أَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ لَا بِرَأْيِ غَيْرِهِ. وَلَنَا: أَنَّ الوَصِيَّ يَتَصَرَّفُ بِوِلَايَةٍ مُنْتَقِلَةٍ إِلَيْهِ، فَيَمْلِكُ الإِيصَاءَ إِلَى غَيْرِهِ كَالجَدِّ؛ أَلَا يُرَى أَنَّ الوِلَايَةَ الَّتِي كَانَتْ ثَابِتَةً لِلْمُوصِي تَنْتَقِلُ إِلَى الوَصِيِّ فِي المَالِ وَإِلَى الجَدِّ فِي النَّفْسِ، ثُمَّ الجَدُّ قَائِمٌ مُقَامَ الأَبِ فِيمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَكَذَا الوَصِيُّ، وَهَذَا لِأَنَّ الإِيصَاءَ إِقَامَةُ غَيْرِهِ

قوله: (وقال الشافعي: لا يكون وصيًّا في تركة الميت الأول)، وبه قال أحمد في رواية، وقال أحمد في رواية ومالك والثوري كقولنا.

أما لو أذن الموصي للوصي أن يوصي إلى من شاء فله أن يوصي غيره عند أكثر أهل العلم، وحكي عن الشافعي في أحد قوليه: لا يجوز أن يوصي له غيره، كما إذا أوصى إليه مطلقًا.

قوله: (بالتوكيل في حالة)، يعني: إذا قال الوصي إنه وكيل في [التصرف لا][1] يجوز له أن يتصرف في تركة الموصي فكذا هنا كذا في البدرية وفي الكافي الوصي كالوكيل [عنده لأنه][2] فوض إليه التصرف بعد الممات، والوكيل فوض إليه التصرف في الحياة، ثم الوكيل لا [يملك أن يوكل غيره][3] فكذا الوصي، والفقه فيه أنه رضي برأيه، والناس يتفاوتون في الرأي.

قوله: (كالجد) [فإن رضي الجد عند عدم][4] الأب كوصي الأب والجد إذا وكل غيره عند موته بتزويج ولد ابنه يجوز، فكذا للوصي أن يوصي إلى غيره.

قوله: (وإلى الجد في النفس)، يعني في تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص، فكذا الوصي يقوم مقام الأول فيما انتقل إليه؛ لأنه خلف عن الأول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائمًا حكمًا، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل، ومن شرط ثبوت الخلافة عدم الأصل.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

مُقَامَهُ فِيمَا لَهُ وِلَايَتُهُ، وَعِنْدَ الْمَوْتِ كَانَتْ لَهُ وِلَايَةٌ فِي التَّرِكَتَيْنِ، فَيَنْزِلُ الثَّانِي مَنْزِلَتَهُ فِيهِمَا، وَلِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُ قَدْ تَعْتَرِيهِ الْمَنِيَّةُ قَبْلَ تَتْمِيمِ مَقْصُودِهِ بِنَفْسِهِ، وَهُوَ تَلَافِي مَا فَرَّطَ مِنْهُ: صَارَ رَاضِيًا بِإِيصَائِهِ إِلَى غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ، لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ حَيٌّ يُمْكِنُهُ أَنْ يُحَصِّلَ مَقْصُودَهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَرْضَى بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ وَالْإِيصَاءِ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَمُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ الْمُوصَى لَهُ عَنِ الْوَرَثَةِ جَائِزَةٌ، وَمُقَاسَمَتُهُ الْوَرَثَةَ عَنِ الْمُوصَى لَهُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ الْوَارِثَ خَلِيفَةُ الْمَيِّتِ، حَتَّى يَرُدَّ بِالعَيْبِ. وَيَرُدُّ عَلَيْهِ بِهِ، وَيَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ الْمُورِثِ، وَالوَصِيُّ خَلِيفَةُ الْمَيِّتِ أَيْضًا، فَيَكُونُ خَصْمًا عَنِ الْوَارِثِ إِذَا كَانَ غَائِبًا، فَصَحَّتْ قِسْمَتُهُ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ حَضَرَ، وَقَدْ هَلَكَ مَا فِي يَدِ الْوَصِيِّ، لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُوصَى لَهُ، أَمَّا الْمُوصَى لَهُ، فَلَيْسَ بِخَلِيفَةٍ عَنِ الْمَيِّتِ

قوله: (عند الموت كانت له ولاية في التّركتين)، وفي بعض النسخ: **(عند الموت كانت له ولاية)** أي في تركة نفسه وتركة موصيه، يعني في حال حياة الوصي الأول كان له ولاية فيهما ففي ماله باعتبار ملكه، وفي مال موصيه باعتبار الوصاية فكانت تسمية التركة لماله وهو حي باعتبار ما يؤول إليه أمره.

قوله: (فلا يرضى) الموكل في حياة الوكيل **(بتوكيل غيره والإيصاء إليه)** أي: لا يرضى بإيصاء وكيله إلى غيره.

قوله: (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة) إلى آخره، معنى قوله: **(عن الورثة)** أي: نائبًا عن الورثة، ومعنى قوله: **(عن الموصى له)** أي: نائبًا عن الموصى له.

صورته: أوصى لرجل بالثلث، وأوصى إلى رجل وله ورثة صغار أو كبار غيب، فقاسم الموصي بالموصى له وأعطاه الثلث وأمسك الباقي للورثة، فهذه القضية نافذة على الورثة، حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء؛ لأن ولايته نافذة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار، والموصى له خصم، والقسمة تصح بين الخصمين فنفذت القسمة.

أما لو صالح مع الورثة عن الموصى له بأن كان صاحب الوصية غائبًا

مِن كُلِّ وَجْهٍ، لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ، وَلِهَذَا لَا يُرَدُّ بِالعَيْبِ وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ، وَلَا

فقاسم الوصي مع الورثة فأعطى الوصي الوارث حقه وأمسك الثلث للموصى له الغائب لم تنفذ القسمة على الموصى له، حتى لو هلك ما في يده كان للموصى له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم؛ لأنه لا ولاية للموصي على الموصى له، إليه أشار في الإيضاح وغيره.

فعلم أن فائدة الجواز وعدمه إنما تظهر في حق الرجوع على من وقع حقه في يده.

وذكر المحبوبي محيلًا إلى [٢/٥٣٨/ب] مبسوط شيخ الإسلام: أن قسمة الوصي مع الموصى له على الورثة جائزة في العروض دون العقار إذا كانت الورثة كبارًا غُيَّبًا لأن في القسمة معنى البيع، وهو لا يملك بيع عقار الوارث الكبير الغائب ويملك بيع منقوله، أما لو كانت الورثة كلهم صغارًا جاز مقاسمته مع الموصى له في العروض والعقار لولايته بيعهما، أما مقاسمته مع الورثة على الموصى له باطلة في العقار والعروض جميعًا سواء كان الموصى له صغيرًا أو كبيرًا، حاضرًا أو غائبًا، حتى إذا هلكت حصة الموصى له وبقيت حصة الورثة كان للموصى له أن يرجع بثلث ما بقي في يد الورثة إن كان قائمًا في أيديهم.

قوله: (ويرد عليه به) أي: يرد على الوصي بالعيب كما لو كان الميت حيًّا؛ لأن الوصي قائم مقام الميت، كما أن الوارث قائم مقام الميت يصح أن يكون الوصي قائمًا مقام الوارث عند عجز الوارث عن المقاسمة، وهو فيما إذا كان صغيرًا وغائبًا، ولما كان قائمًا مقام الوارث صحت مقاسمته مع الموصى له بمنزلة مقاسمة الوارث فصحت كما يصح من الوارث، ولما صحت مقاسمته كان هلاك نصيب الوارث في يده بعد القسمة كهلاكه بعد قسمة الوارث بنفسه مع الموصى له فلا يرجع الوارث على أحد.

وأما الموصى له لما لم يكن خليفة الميت بل يحصل له ملك مبتدأ، [ولهذا][1] لا يرد بالعيب ولا يرد عليه فلم يكن الموصى له قائمًا مقام الميت والوصي قائم مقام الميت فلا ينوب الوصي عن الموصى له حال غيبته، فلم

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

يَصِيرُ مَغْرُورًا بِشِرَاءِ المُوصِي، فَلَا يَكُونُ الوَصِيُّ خَلِيفَةً عَنْهُ عِنْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ مَا أَفْرَزَ لَهُ عِنْدَ الوَصِيِّ كَانَ لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ، لِأَنَّ القِسْمَةَ لَمْ تَنْفُذْ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ الوَصِيَّ لَا يَضْمَنُ، لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ، وَلَهُ وِلَايَةُ الحِفْظِ فِي التَّرِكَةِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ بَعْضُ التَّرِكَةِ قَبْلَ القِسْمَةِ، فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُ البَاقِي، لِأَنَّ المُوصَى لَهُ شَرِيكُ الوَارِثِ، فَيَتْوَى مَا تَوِيَ مِن المَالِ المُشْتَرَكِ عَلَى الشَّرِكَةِ، وَيَبْقَى مَا بَقِيَ عَلَى الشَّرِكَةِ. قَالَ: (فَإِنْ قَاسَمَ الوَرَثَةَ وَأَخَذَ نَصِيبَ المُوصَى لَهُ فَضَاعَ رَجَعَ المُوصَى لَهُ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ) لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ المَيِّتُ أَوْصَى بِحَجَّةٍ، فَقَاسَمَ فِي الوَرَثَةِ، فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ، حَجَّ عَن المَيِّتِ مِن ثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ إِنْ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ لِيَحُجَّ عَنْهُ، فَضَاعَ فِي

تصح مقاسمة الوصي مع الورثة لأجل الموصى له، فلو قاسم وهلك ما أفرزه للموصى له في يد الوصي كان له ثلث [ما بقي][(١)] في يد الورثة، والوصي لا يضمن لأنه دائم على القبض الأول فكان أمينًا فيه فصار كما لو هلك [بعض مال][(٢)] الشركة قبل القسمة، إليه أشار الإمام قاضي خان.

قوله: (ويصير مغرورًا بشراء المورث)، [يعني][(٣)] لو اشترى جارية ثم مات واستولدها الوارث، ثم استحقت الجارية فإنه يتمكن من الرجوع على بائع الميت ويكون الولد حرًّا، ولو لم يكن هو خليفة الميت لما ثبت له ولاية الرجوع على بائع الميت، حتى لو باعها المورث من آخر والمسألة بحالها لا يتمكن من الرجوع على بائع بائعه؛ لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره، بخلاف الوارث مع مورثه.

قوله: (وإن كان أوصى الميت بحجة فقاسم) أي: الوصي الورثة (فهلك ما في يده) أي: في يد الحاج والوصي، والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما.

قوله: (حج عن الميت من ثلث ما بقي)، وهو الذي أفرزه الوصي للورثة.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

يَدِهِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ مُسْتَغْرِقًا لِلثُّلُثِ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، وَإِلَّا يَرْجِعُ بِتَمَامِ الثُّلُثِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ(*)، لِأَنَّ القِسْمَةَ حَقُّ المُوصِي، وَلَوْ أَفْرَزَ المُوصِي بِنَفْسِهِ مَالًا لِيَحُجَّ عَنْهُ فَهَلَكَ، لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، وَبَطَلَت الوَصِيَّةُ، فَكَذَا إِذَا أَفْرَزَهُ وَصِيُّهُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ مَحَلَّ الوَصِيَّةِ الثُّلُثُ، فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا بَقِيَ مَحَلُّهَا، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ، بَطَلَتْ لِفَوَاتِ مَحَلِّهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ القِسْمَةَ لَا تُرَادُ لِذَاتِهَا بَلْ لِمَقْصُودِهَا، وَهُوَ تَأْدِيَةُ الحَجِّ، فَلَمْ تُعْتَبَرْ دُونَهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ القِسْمَةِ فَيَحُجُّ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ، وَلِأَنَّ تَمَامَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الجِهَةِ المُسَمَّاةِ، إِذْ لَا قَابِضَ لَهَا، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ إِلَى ذَلِكَ الوَجْهِ لَمْ يَتِمَّ، فَصَارَ كَهَلَاكِهِ قَبْلَهَا.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ أَلْفِ دِرْهَمٍ، فَدَفَعَهَا الوَرَثَةُ إِلَى القَاضِي، فَقَسَمَهَا وَالمُوصَى لَهُ غَائِبٌ، فَقِسْمَتُهُ جَائِزَةٌ) لِأَنَّ الوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ، وَلِهَذَا لَوْ مَاتَ المُوصَى

صورته ما ذكر قاضي خان في جامعه: أوصى أن يحج عنه وترك أربعة آلاف، ومقدار الحج ألف، وأخذ الوصي ألفًا إلى من يحج عنه فسرقت في الطريق، فعند أبي حنيفة رحمه الله يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف، فلو سرقت ثانيًا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا.

وعند أبي يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فإن سرقت ثانيًا لا يؤخذ مرة أخرى، وعند محمد إذا سرقت الألف الأول بطلت الوصية ولا يؤخذ مرة أخرى سواء بقي من الثلث الأول شيء أو لا، وقد مرت المسألة في الحج مع بيان اختلاف العلماء.

قوله: (فقسمته جائزة) أي: قسمة القاضي، حتى لو هلك ما في يد القاضي ثم حضر الغائب لا يرجع على الورثة بشيء.

والفرق بين القاضي والوصي أن للقاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه، ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التوى، فكان قسمة القاضي كقسمة الموصى له لما أن القاضي يصير ناظرًا لمن يعجز تنفيذ أمره، وفي تنفيذ أمره وفي قسمته

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

لَهُ قَبْلَ القَبُولِ تَصِيرُ الوَصِيَّةُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ، وَالقَاضِي نَصَّبَ نَاظِرًا لَا سِيَّمَا فِي حَقِّ المَوْتَى وَالغُيَّبِ، وَمِن النَّظَرِ إِفْرَازُ نَصِيبِ الغَائِبِ وَقَبْضِهِ، فَنَفَذَ ذَلِكَ وَصَحَّ، حَتَّى لَوْ حَضَرَ الغَائِبُ وَقَدْ هَلَكَ المَقْبُوضُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الوَرَثَةِ سَبِيلٌ.

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ الوَصِيُّ عَبْدًا مِن التَّرِكَةِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِن الغُرَمَاءِ، فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ الوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَ المُوصِي، وَلَوْ تَوَلَّى حَيًّا بِنَفْسِهِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِن الغُرَمَاءِ، وَإِنْ كَانَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، فَكَذَا إِذَا تَوَلَّاهُ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ مُتَعَلِّقٌ بِالمَالِيَّةِ لَا بِالصُّورَةِ، وَالبَيْعُ لَا يُبْطِلُ المَالِيَّةَ لِفَوَاتِهَا إِلَى خَلَفٍ وَهُوَ الثَّمَنُ، بِخِلَافِ العَبْدِ المَدْيُونِ، لِأَنَّ لِلْغُرَمَاءِ حَقَّ الِاسْتِسْعَاءِ، وَأَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ عَبْدُهُ، ....

ذلك، بخلاف الوصي لأنه لا ولاية له على الموصى له بوجه، ولهذا لا يبيع شيئًا من ماله فلا تنفذ قسمته عليه، إليه أشار الإمام قاضي خان.

وذكر المحبوبي هذا الذي من قسمة القاضي فيما إذا كانت التركة مما يكال ويوزن لأن القسمة فيهما [تميز][(١)] لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن، وأما فيما لا يكال ولا يوزن لا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع، وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا القسمة.

قوله: (**ولو تولى حيًّا**) [٢/ ٥٣٩/أ] أي لو باع الموصي بنفسه حال حياته (**يجوز بيعه**) بغير حضورهم.

(**وإن كان مريضًا**) أي: إذا باعه بمثل قيمته، فكذا إذا باعه وصيه لأن حق الغرماء متعلق بماليته لا بعينه، والبيع لا يبطل ماليته لفواتها إلى خلف وهو الثمن، أما العبد المأذون المديون يتعلق حق الغرماء في عين العبد بالسعاية والبيع يبطله فكان مبطلًا حق الغرماء فلا يصح بغير إجازتهم.

قوله: (**أوصى بأن يباع عبده**)، وفي الكافي: أي من فلان.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

وَيَتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ عَلَى الْمَسَاكِينِ، فَبَاعَهُ الْوَصِيُّ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، فَضَاعَ فِي يَدِهِ، فاسْتُحِقَّ الْعَبْدُ، ضَمِنَ الْوَصِيُّ) لِأَنَّهُ هُوَ الْعَاقِدُ فَتَكُونُ الْعُهْدَةُ عَلَيْهِ، وَهَذِهِ عُهْدَةٌ، لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ مِنْهُ مَا رَضِيَ بِبَذْلِ الثَّمَنِ إِلَّا لِيُسَلِّمَ لَهُ الْمَبِيعَ، وَلَمْ يُسَلِّمْ، فَقَدْ أَخَذَ الْوَصِيُّ الْبَائِعُ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَاهُ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّهُ. قَالَ: (وَيَرْجِعُ فِيمَا تَرَكَ الْمَيِّتُ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَرْجِعُ، لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِقَبْضِهِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا ذَكَرْنَا، وَيَرْجِعُ فِي جَمِيعِ التَّرِكَةِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الثُّلُثِ، لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِحُكْمِ الْوَصِيَّةِ، فَأَخَذَ حُكْمَهَا، وَمَحَلُّ الْوَصِيَّةِ الثُّلُثُ. وَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الْغُرُورِ، وَذَلِكَ دَيْنٌ عَلَيْهِ، وَالدَّيْنُ يُقْضَى

[قوله]:[1] **(ضمن الوصي)** أي: الثمن.

قوله: (فتكون العهدة عليه) أي: على الوصي ويرجع الوصي في تركة الميت لأنه عامل للميت في تنفيذ وصيته فيرجع عليه كالوكيل، وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولًا: لا يرجع لأنه ضمن بفعله وهو القبض فلا يرجع على غيره، ثم رجع وقال: يرجع.

قوله: (لأن الرجوع بحكم الوصية)؛ لأنه لتنفيذها **(أخذ حكمها)** أي: حكم الوصية فيتقيد بمحل الوصية.

قوله: (أنه) أي: الوصي، **(يرجع عليه)** أي: على الميت **(بحكم الغرور)**؛ لأن الميت غَرَّهُ حيث أمره ببيع عبده ويتصدق بثمنه فكان قائلًا له: إن هذا العبد ملكي وكان مغرورًا من جهته، كذا ذكره قاضي خان.

وفي الذخيرة محيلًا إلى المنتقى: أن الوصي يرجع على المساكين لا على الميت، والقياس هذا لأن غنم تصرف الوصي يعود إلى المساكين فغرمه يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير، ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب، والفقير تبع له.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

مِن جَمِيعِ التَّرِكَةِ، بِخِلَافِ القَاضِي، أَوْ أَمِينِهِ إِذَا تَوَلَّى البَيْعَ، حَيْثُ لَا عُهْدَةَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ فِي إِلْزَامِهَا القَاضِيَ تَعْطِيلُ القَضَاءِ، إِذْ يَتَحَامَى عَنْ تَقَلُّدِ هَذِهِ الأَمَانَةِ حَذَرًا عَنْ لُزُومِ الغَرَامَةِ، فَتَتَعَطَّلُ مَصْلَحَةُ العَامَّةِ، وَأَمِينُهُ سَفِيرٌ عَنْهُ كَالرَّسُولِ، وَلَا كَذَلِكَ الوَصِيُّ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الوَكِيلِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ القَضَاءِ، فَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ قَدْ هَلَكَتْ، أَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا وَفَاءٌ: لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، كَمَا إِذَا كَانَ عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ آخَرُ.

قَالَ: (وَإِنْ قَسَمَ الوَصِيُّ المِيرَاثَ، فَأَصَابَ صَغِيرًا مِن الوَرَثَةِ عَبْدٌ، فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، فَهَلَكَ واستُحِقَّ العَبْدُ، رَجَعَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، وَيَرْجِعُ الصَّغِيرُ عَلَى الوَرَثَةِ بِحِصَّتِهِ، لِانْتِقَاضِ القِسْمَةِ بِاسْتِحْقَاقِ مَا أَصَابَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا احْتَالَ الوَصِيُّ، بِمَالِ اليَتِيمِ، فَإِنْ كَانَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ جَازَ) ....

قوله: (وقد مر في كتاب القضاء) في آخر فصل القضاء بالمواريث، وهو أنه لا عهدة على أمين القاضي.

قوله: (أو لم يكن [بها])[١] أي: بالتركة وفاء بأن لم يفضل عن التكفين والتجهيز (لم يرجع) الوصي لأن البيع وقع للميت لا للورثة، [وصار كسائر][٢] الديون التي تكون على الأموات المفاليس.

قوله: (رجع) أي: الوصي في مال الصغير [لأنه عامل له][٣]، هذا إذا باع للصغير بأمر القاضي أو بغير أمره، أما لو باع للغرماء بأمر القاضي وقبض الثمن وهلك في يده ثم استحق العبد ورجع المشتري عليه فالقاضي[٤] يرجع على الغرماء لأنه عامل لهم، وإن باعه بأمر الغريم لا بأمر القاضي فكذلك، كذا ذكره قاضي خان.

قوله: (وإذا احتال الوصي بمال اليتيم) أي: إذا صار الوصي محتالًا له في قبض الدين الذي كان لليتيم على آخر.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) كذا بالأصل، وفي النسخة الثانية، والثالثة: (فالوصي).

وَهُوَ أَنْ يَكُونَ أَمْلَأَ، إذ الوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ، وَإِنْ كَانَ الأَوَّلُ أَمْلَأَ، لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ فِيهِ تَضْيِيعَ مَالِ اليَتِيمِ عَلَى بَعْضِ الوُجُوهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الوَصِيِّ، وَلَا شِرَاؤُهُ، إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ) لِأَنَّهُ

(وهو أن يكون أملأ) أي: المحتال عليه أملأ، ولو كان أفلس لا يجوز، ولو كان سواء لا يجوز، كذا ذكره المحبوبي.

وفي الذخيرة: إذا كانا سواء اختلف الناس فيه، وأشار في الكتاب إلى أنه لا يجوز.

وذكر المحبوبي: إن كان الثاني مثل الأول لا يجوز، بخلاف بيعه مال اليتيم بمثل القيمة حيث يجوز.

والحوالة لا تجوز لما أن البيع معاوضة من كل وجه، والوصي يملك الاعتياض بمال اليتيم إذا لم يكن فيه غبن فاحش، فأما الحوالة فليست بمعاوضة من كل وجه حتى تجوز الحوالة بالمسلم فيه ورأس مال السلم، ولو كانت مبادلة من كل وجه كان استبدالًا بهما بالحوالة وذلك لا يصح، وإذا لم تكن مبادلة من كل وجه كانت بمنزلة الهبة بشرط العوض والقاضي لا يملك ذلك في مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد، أما عند أبي يوسف يملك الهبة بشرط العوض في ماله فيجب أن يكون هذا على ذلك أيضًا.

وفي جامع الإسبيجابي: هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت، فأما لو ثبت بمداينة الوصي فإنه يجوز قبول الحوالة سواء كان الثاني مثل الأول أو أملأ أو أفلس، غير أنه إن كان أملأ جاز بالاتفاق، وإن لم يكن أملأ يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يجوز.

قوله: (على بعض الوجوه)، وهو أن يكون المحتال عليه مفلسًا ولكن القاضي لم يقض بإفلاسه حيث لا يتمكن الوصي من استيفائه لإفلاسه والرجوع على المحيل لعدم القضاء بإفلاسه فكان [تضييع][1] ماله بهذا الطريق.

قوله: (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس) وهو الغبن

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

لَا نَظَرَ فِي الغَبْنِ الفَاحِشِ، بِخِلَافِ اليَسِيرِ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، فَفِي اعْتِبَارِهِ انْسِدَادُ بَابِهِ. وَالصَّبِيُّ المَأْذُونُ وَالعَبْدُ المَأْذُونُ وَالمُكَاتَبُ يَجُوزُ بَيْعُهُمْ وَشِرَاؤُهُمْ بِالغَبْنِ الفَاحِشِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفُونَ بِحُكْمِ المَالِكِيَّةِ، وَالإِذْنُ فَكُّ الحَجْرِ، بِخِلَافِ الوَصِيِّ، لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ بِحُكْمِ النِّيَابَةِ الشَّرْعِيَّةِ نَظَرًا، فَيَتَقَيَّدُ بِمَوْضِعِ

اليسير، وقد مر تفسير الغبن اليسير والفاحش في الوكالة، وكذلك الأب لأن الولاية نظرية، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، والنظر فيما لم يكن فيه غبن، لكن اليسير يحتمل لأن في اعتباره تعطيل مصالحه لعدم إمكان الاحتراز عنه، هذا إذا باع الوصي مال اليتيم من أجنبي، أو اشترى له من أجنبي.

أما إذا [٢/٥٣٩/ب] اشترى الوصي من ماله لنفسه أو باع ماله للصغير جاز عند أبي حنيفة، ورواية عن أبي يوسف إذا كان للصغير فقد منفعة ظاهرة.

وتفسيره: أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة، أو يشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر، أما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لا يجوز، وعلى قول محمد وأظهر الروايتين عن أبي يوسف: لا يجوز على كل حال، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

أما وصي القاضي لا يجوز بيعه من نفسه في الأحوال كلها لأنه وكيل، والوكيل بالبيع لو باع من نفسه لا يجوز بالإجماع، وبخلاف الأب لأنه لو باع ماله من نفسه بمثل القيمة، أو بغبن يسير يجوز لأن الأب أوفر شفقة من الوصي فلا يقصر في أموره ظاهرًا، هذا كله في المنقول.

أما لو باع الوصي[1] عقار الصغير أو ضياعه من أجنبي بمثل القيمة يجوز، هذا جواب السلف.

أما المتأخرون قالوا: إنما يجوز بأحد شروط ثلاثة: بأن يرغب المشتري فيها بضعف القيمة إذ للصغير حاجة إلى ثمنها، أو على الميت دين ولا وفاء له إلا بها، قال الصدر الشهيد: وبه يفتى.

---

(١) في الأصل: (الصبي)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

النَّظَرِ. وَعِنْدَهُمَا: لَا يَمْلِكُونَهُ، لِأَنَّ التَّصَرُّفَ بِالفَاحِشِ مِنْهُ تَبَرُّعٌ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَهُمْ لَيْسُوا مِن أَهْلِهِ (وَإِذَا كَتَبَ كِتَابَ الشِّرَاءِ عَلَى وَصِيٍّ، كَتَبَ كِتَابَ الوَصِيَّةِ عَلَى حِدَةٍ،

أما الأب لو باع عقار الصغير بمثل القيمة فإن كان الأب محمودًا عند الناس أو مستورًا يجوز، حتى لو بلغ الابن لم ينقض البيع وإن كان فاسقًا لا يجوز، حتى لو بلغ الصبي له أن ينقض البيع وهو المختار، كذا في جامع المحبوبي، وأدب القاضي، والذخيرة.

وعند الأئمة الثلاثة تصرف الأب والجد والقاضي في مال الصغير بمثل القيمة، أما تصرف الوصي وأمين القاضي لا ينفذ بدون منفعة ظاهرة، وقد مر شيء من ذلك في باب الحجر.

قوله: (وعندهما لا يملكونه) أي: عندهما بيعهم بالغبن الفاحش لا يجوز لأن العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة، ولهذا لو وقع من المريض يعتبر من الثلث.

(وهم ليسوا من أهله) أي: أهل [التبرع، وعند][1] أبي حنيفة يجوز بيعهم بالغبن الفاحش لما ذكر في المتن ولأنه أذن لهما في التجارة والتاجر [قد يحتاج إلى المساهلة][2] بالغبن الفاحش لاستجلاب قلوب المجاهرين، بخلاف الأب والوصي لأنهما يتصرفان بشرط الأصلح.

قيل: هذه المسألة بناء على مسألة الوكيل فإن الوكيل بالبيع المطلق والمضارب والشريك يملكون البيع بما عزَّ وهان عنده فهذا مثله، وقيل مسألة [ابتدائية][3].

قال أبو الليث: جنس هذه المسائل عند أبي حنيفة على ثلاثة أوجه: في وجه: لا يجوز البيع والشراء إلا بغبن يسير، وهو البيع والشراء من الأب والجد والوصي والقاضي إذا باع مال اليتيم أو مال بيت المال، وفي وجه: يجوز البيع

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

وَكِتَابَ الشِّرَاءِ عَلَى حِدَةٍ) لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْوَطُ، وَلَوْ كَتَبَ جُمْلَةً عَسَى أَنْ يَكْتُبَ الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ فِي آخِرِهِ مِن غَيْرِ تَفْصِيلٍ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ حَمْلًا لَهُ عَلَى الكَذِبِ. ثُمَّ قِيلَ: يَكْتُبُ اشْتَرَى مِن فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ، وَلَا يَكْتُبُ مِن فُلَانٍ وَصِيِّ فُلَانٍ لِمَا بَيَّنَّا. وَقِيلَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ، لِأَنَّ الوِصَايَةَ تُعْلَمُ ظَاهِرًا.

قَالَ: (وَبَيْعُ الوَصِيِّ عَلَى الكَبِيرِ الغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي العَقَارِ) لِأَنَّ الأَبَ يَلِي مَا سِوَاهُ، وَلَا يَلِيهِ، فَكَذَا وَصِيُّهُ فِيهِ. وَكَانَ القِيَاسُ: أَنْ لَا يَمْلِكَ الوَصِيُّ

والشراء بغبش فاحش أو يسير وهو الشراء والبيع من المأذون والمكاتب، وفي وجه: يجوز البيع بغبن يسير وفاحش ولا يجوز الشراء إلا بغبن يسير وهو البيع والشراء من الوكيل والمضارب والشريك، فلكل واحد من هؤلاء البيع بغبن فاحش لا الشراء بغبن فاحش.

ثم قال: وبه نأخذ.

قوله: (لأن ذلك أحوط)؛ لأنه لو كتب كتابًا واحدًا وجمع بين الوصية والشراء ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية، فعند أداء الشهادة عسى يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زور، وكان الاحتياط أن يكتب كتاب الوصية على حدة، يكتب في أول صك الوصية ويشهد على ذلك، ثم يكتب في آخره صك الشراء ويشهد، وكذلك في الوكيل، كذا في جامع قاضي خان.

قوله: (لما بينا) وهو قوله: (لأن ذلك أحوط) إلى آخره.

قوله: (قيل لا بأس بذلك) أي: تجميع الوصية والشراء في كتاب واحد؛ لأن الوصاية لا تظهر عند الكل بالمشاهدة والمعاينة، وإنما تظهر بقول الناس وبقول الوصي: إلى وصي فلان، فجاز أن يكتب على هذا الوجه، كذا في جامع قاضي خان.

قوله: (وبيع الوصي) أي: وصي الأب (على الكبير الغائب جائز) إلى قوله (لأن الأب يلي ما سواه) أي: سوى بيع العقار، (ولا يليه) أي: لا يلي العقار، أما إذا كان الوارث صغيرًا يملك بيع الكل كما ذكرنا، وهذا إذا لم يكن في

غَيْرَ العَقَارِ أَيْضًا، لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ الأَبُ عَلَى الكَبِيرِ، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّاهُ لِمَا أَنَّهُ حُفِظَ لِتَسَارُعِ الفَسَادِ إِلَيْهِ، وَحِفْظُ الثَّمَنِ أَيْسَرُ، وَهُوَ يَمْلِكُ الحِفْظَ، أَمَّا العَقَارُ فَمُحْصَنٌ

التركة دين، أما لو كان دينًا محيطًا يبيع جميع التركة ولو لم يكن محيطًا يبيع بقدره، وفيما زاد على الدين اختلاف فعند أبي حنيفة يبيع، وعندهما لا، وقد بينا اختيار المتأخرين.

أما لو باع شيئًا من التركة لتنفيذ الوصايا أجمعوا أنه يبيع بقدر الوصية، وفيما زاد اختلفوا على الوجه الذي اختلفوا في قضاء الدين، وهذا إذا لم يقض الورثة الدين أو لم ينفذوا الوصية من خالص ملكهم، فأما إذا قضوا [٢/ ٥٤٠/ أ] أو نفذوا لم يبق للقاضي ولاية بيع التركة.

ولو كان الورثة غُيَّبًا ولم يكن في التركة دين ولا وصية فإن الوصي يبيع المنقول لا العقار؛ لأن بيع المنقول من جملة الحفظ، وبيع العقار ليس من الحفظ لأنه محصن بنفسه، حتى لو خيف هلاك بناء العقار اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يملك بيعه، بالقياس على المنقول، وقال بعضهم: لا يملك، وهو الأصح؛ لأن الدار لا تهلك غالبًا فيبنى الحكم عليه لا على النادر، كذا في الذخيرة.

قوله: (لأنه لا يملكه) أي: بيع المنقول لا يملكه (الأب) قياسًا فكذا وصيه، وإنما قلنا كذلك لأنه لو [سيق][1] على إطلاقه يثبت التناقض بين هذا وبين قوله: (والأب يلي ما سواه).

وفي المبسوط: واستحسن أبو حنيفة رحمه الله فقال: لما ثبت له الولاية في بيع بعض التركة وهو نصيب الصغير يثبت في الكل؛ لأن الولاية بسبب الوصاية وهي لا تحتمل التجزؤ، وهذا لأن في بيع البعض إضرارًا بالصغير والكبير جميعًا لأنه [يتغيب][2] به نصيب الكبير، والأشقاص لا تشترى بما تشترى به الجمل، فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم، وللقاضي ولاية في

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

بِنَفْسِهِ. قَالَ: (وَلَا يَتَّجِرُ فِي المَالِ) لِأَنَّ المُفَوَّضَ إِلَيْهِ الحِفْظُ دُونَ التِّجَارَةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَصِيُّ الأَخِ فِي الصَّغِيرِ وَالكَبِيرِ الغَائِبِ بِمَنْزِلَةِ وَصِيِّ الأَبِ فِي الكَبِيرِ الغَائِبِ، وَكَذَا وَصِيُّ الأُمِّ وَوَصِيُّ العَمِّ. وَهَذَا الجَوَابُ فِي تَرِكَةِ هَؤُلَاءِ، لِأَنَّ وَصِيَّهُمْ قَائِمٌ مُقَامَهُمْ، وَهُمْ يَمْلِكُونَ مَا يَكُونُ مِن بَابِ الحِفْظِ، فَكَذَا وَصِيُّهُمْ.

نصيب الكبير فيما يرجع إلى توفير المنفعة عليه، ألا ترى أنه يملك [الحفظ وبيع][١] المنقول حال غيبة الكبير لما فيه من المنفعة له.

قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد وصي الأخ) إلى آخره، وفي جامع الإسبيجابي: لا خلاف[٢] في هذه المسألة، ألا [ترى][٣] أنه روي عن أبي يوسف ومحمد ولم يرو عن أبي حنيفة رحمهم الله فذكر هذا.

قوله: (بمنزلة وصي الأب)، يعني بيع المنقول دون العقار.

قوله: (وهذا الجواب في تركة هؤلاء)، قيد به لأن وصيهم[٤] لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لأن وصي الأم قائم مقام الأم والأم حال [حياتها][٥] لا تملك بيع ما ورثه الصغير من المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عن [الدين في ذلك سواء أما ما][٦] كان موروثًا له من جهة أمه إن كان خاليًا عن الدين يبيع المنقول لا العقار [لما ذكرنا أن بيع المنقول][٧] من الحفظ دون بيع العقار وإن كان فيه الدين والوصية فإن كان مستغرقًا بهما فله بيع الكل؛ لأن بيع العقار لقضاء الدين، وتنفيذ الوصية يجوز لدخوله تحت ولايته، وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز في نصيب الكبير الغائب، ولو لم يكن الدين مستغرقًا يبيع بقدر الدين والزيادة فعلى الاختلاف الذي ذكرنا.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في النسختين: (لاختلاف)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٤) في الأصل: (وصيتهم)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٦) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٧) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَالوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِن الجَدِّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الجَدُّ أَحَقُّ، لِأَنَّ الشَّرْعَ أَقَامَهُ مُقَامَ الأَبِ حَالَ عَدَمِهِ حَتَّى أَحْرَزَ المِيرَاثَ، فَيُقَدَّمُ عَلَى وَصِيِّهِ. وَلَنَا: أَنَّ بِالإِيصَاءِ تَنْتَقِلُ وِلَايَةُ الأَبِ إِلَيْهِ، فَكَانَتْ وِلَايَتُهُ قَائِمَةً مَعْنًى، فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ كَالأَبِ نَفْسِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ اخْتِيَارَهُ الوَصِيَّ مَعَ عِلْمِهِ بِقِيَامِ الجَدِّ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ تَصَرُّفَهُ أَنْظَرُ لِبَنِيهِ مِن تَصَرُّفِ أَبِيهِ (فَإِنْ لَمْ يُوصِ الأَبُ، فَالجَدُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ) لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ وَأَشْفَقُهُمْ عَلَيْهِ، حَتَّى يَمْلِكَ الإِنْكَاحَ دُونَ وَصِيٍّ، غَيْرَ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهِ وَصِيُّ الأَبِ فِي التَّصَرُّفِ لِمَا بَيَّنَّاهُ.

فَصْلٌ فِي الشَّهَادَةِ

وكل جواب عرفته في وصي الأم[1] فهو الجواب في وصي الأخ والعم؛ لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في ماله، فكذا لا ولاية للأخ والعم في مال الصغير أيضًا.

وفي جامع الإسبيجابي: الأصل أن أضعف الوصيين في أقوى الحالين كأقوى الوصيين في أضعف الحالين، فأضعف الوصيين وصي الأم والأخ والعم، وأقوى الحالين حال صغر الورثة، وأقوى الوصيين وصي الأب والجد، وأضعف الحالين حال كبر الورثة، فأضعف الوصيين في مال الصغير كأقوى الوصيين في مال الكبير الغائب لأنه يبيع العروض ولا يبيع العقار.

قوله: (**وقال الشافعي**: **الجد أحق**) وهو قياس قول مالك وأحمد حتى لا يجوز أن يوصي وهناك جد من أهل النظر.

قوله: (**فَيُقَدَّم على وصيه**) أي: وصي الأب كالأم لقيامه مقام الأب.

وقوله: (**لما بيناه**) إشارة إلى قوله: (**أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه**) إلى آخره، والله أعلم.

فَصْلٌ فِي الشَّهَادَةِ

أَخَّر الشهادة لأن الشهادة بعد معرفة الوصية، ولما كانت الوصية بالشهادة أمرًا مختصًّا بالوصية أَخَّر ذكرها.

---

(١) في الأصل: (الامام)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الوَصِيَّانِ أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَى إِلَى فُلَانٍ مَعَهُمَا، فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهَا، لِإِثْبَاتِهِمَا مُعَيِّنًا لِأَنْفُسِهِمَا. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهَا المَشْهُودُ لَهُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَهُوَ فِي القِيَاسِ كَالأَوَّلِ، لِمَا بَيَّنَّا مِن التُّهْمَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الوَصِيِّ ابْتِدَاءً، أَوْ ضَمَّ آخَرَ إِلَيْهِمَا بِرِضَاهُ بِدُونِ شَهَادَتِهِمَا، فَيَسْقُطُ بِشَهَادَتِهِمَا مُؤْنَةُ التَّعْيِينِ عَنْهُ، أَمَّا الوِصَايَةُ تَثْبُتُ بِنَصْبِ القَاضِي.

قوله: (لأنهما متهمان) إذ يَجُرَّانِ إلى أنفسهما مغنمًا، والشهادة ترد بالتهمة، قال عليه الصلاة والسلام: «لَا شهادةَ لِمُتَّهَم»(١)، وقال شريح: لا أجيز شهادة خصم ولا قريب والمراد منه المتهم وقد مر في الشهادات ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (إلا أن يدّعيها) أي: الوصية، وفي بعض النسخ: (إلا أن يدعيه) أي: عقد الوصيّة المشهود فحينئذ تجوز الشهادة استحسانًا.

قوله: (مؤنة التعيين عنه) أي: عن القاضي.

فإن قيل: لو كان للميت وَصِيّان فلا يحتاج القاضي إلى أن ينصب له وَصِيًّا آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذا بالشهادة إذا تمكنت التهمة فيه.

قلنا: وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن لما شهد الوصيّان بذلك كان من زعمهما أنه [٢/ ٥٤٠/ب] لا تدبير لنا في هذا إلا بالثالث، فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة، فكذلك هاهنا، ذكره المحبوبي في جامعه.

وفي المبسوط: لو شهد رجلان أن أباهما أوصى إلى هذا يقبل استحسانًا، ولو شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة لا يقبل، سواء يدعي الوكيل ذلك أو يجحد.

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ١٢٠ رقم ٢٢٩٨) من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة خائنٍ ولا خائنةٍ، ولا مجلودٍ حدًّا ولا مجلودةٍ، ولا ذي غِمْرٍ لأخيه، ولا مُجرَّبِ شهادةٍ، ولا القانعِ أهل البيتِ لهم، ولا ظنينٍ في ولاءٍ ولا قرابةٍ».
وقال: هذا حديث غريب، لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي ويزيد يُضَعَّف في الحديث ولا يُعرف هذا الحديث من حديث الزهري إلا من حديثه.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ الِابْنَانِ) مَعْنَاهُ: إِذَا شَهِدَا أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ، وَهُوَ يُنْكِرُ، لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا بِنَصْبِ حَافِظٍ لِلتَّرِكَةِ.

(وَلَوْ شَهِدَا) يَعْنِي الوَصِيَّيْنِ (لِوَارِثٍ صَغِيرٍ بِشَيْءٍ مِن مَالِ المَيِّتِ، أَوْ غَيْرِهِ، فَشَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُمَا يُظْهِرَانِ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ لِأَنْفُسِهِمَا فِي المَشْهُودِ بِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَ لِوَارِثٍ كَبِيرٍ فِي مَالِ المَيِّتِ، لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَالِ المَيِّتِ جَازَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ شَهِدَا لِوَارِثٍ كَبِيرٍ تَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ(*)، لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتَ لَهُمَا وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي التَّرِكَةِ إِذَا كَانَت الوَرَثَةُ كِبَارًا، فَعَرِيَتْ عَن التُّهْمَةِ. وَلَهُ: أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُمَا وِلَايَةُ الحِفْظِ، وَوِلَايَةُ بَيْعِ المَنْقُولِ عِنْدَ غَيْبَةِ

والفرق أن شهادتهما في الوصاية تقبل لخلوها عن التهمة، فإنهما لو سألا القاضي بأن يجعل هذا الرجل وصيًّا وهو راغب فيه أجابهما إلى ذلك، بخلاف الوكالة فإنهما لو سألا القاضي أن يوكل هذا الرجل عن أبيهما لم يفعل لأنه ليس للقاضي ولاية في مال أبيهما(١).

وقوله: (وكذلك ابنان) معطوف على المستثنى منه وهو قوله: (فشهادتهما باطلة).

قوله: (يجوز في الوجهين)، وهو ما لو شهدا في مال الميت، أو في غير ماله.

(وله) أي: لأبي حنيفة ([أنه])(٢) أي: الضمير للشأن (يثبت لهما) أي: للوصيين(٣) بهذه الشهادة، (ولاية حفظ) أي: يوجبان لأنفسهما بهذه الشهادة ولاية حفظ مال الغائب وبيع منقوله عند غيبة الوارث، ويتوهم عود الولاية إليهما لحياته فكانا متهمين، بخلاف شهادتهما في غير التركة؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه في التركة لا في غيرها.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٢٨/ ٨١).
(٢) مثبتة من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (للوصيتين) والمثبت من النسخة الثانية.

الوَارِثِ، فَتَحَقَّقَت التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ شَهَادَتِهَا فِي غَيْرِ التَّرِكَةِ، لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ وَصِيِّ الأَبِ عَنْهُ، لِأَنَّ المَيِّتَ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي تَرِكَتِهِ لَا فِي غَيْرِهَا.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ عَلَى مَيِّتٍ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ، وَشَهِدَ الآخَرَانِ لِلْأَوَّلَيْنِ بِمِثْلِ ذَلِكَ، جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا، وَإِنْ كَانَتْ شَهَادَةُ كُلِّ فَرِيقٍ لِلْآخَرِ بِوَصِيَّةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ، لَمْ تَجُزْ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تُقْبَلُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا(*). وَأَبُو حَنِيفَةَ فِيمَا ذَكَرَ الخَصَّافُ مَعَ أَبِي يُوسُفَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ. وَجْهُ القَبُولِ: أَنَّ الدَّيْنَ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ، وَهِيَ قَابِلَةٌ لِحُقُوقٍ شَتَّى

قوله: (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد) أي: جواز شهادتهما في الدين وعدم جواز شهادتهما في الوصية قولهما، وقال أبو يوسف: لا تقبل في الدين أيضًا كما لا تقبل في الوصية بألف. وقيَّد عدم جواز شهادة كل فريق للآخر في الوصية في الألف المرسلة احترازًا عما لو شهد [كل][(١)] فريق لآخر في الوصية بعين على حدة فإنها تقبل، وهو ما ذكر في الكتاب بعد هذا بقوله: (لو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته) إلى آخره.

قوله: (فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف) [أي][(٢)]: لا [يقبل][(٣)] فيهما، ([وعن أبي يوسف][(٤)] مثل قول محمد) أي: تجوز شهادة كل فريق في حق الدين ولا تجوز في الوصية، وإنما[(٥)] خص قول [محمد هاهنا مع أنه ذكر قبل هذا][(٦)] قول أبي حنيفة ومحمد ليقرر قول محمد في ذلك واضطراب قول أبي حنيفة فصار عن [أبي حنيفة][(٧)] روايتان، وعن أبي يوسف كذلك، وعن محمد رواية واحدة.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.
(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) مثبتة من النسخة الثانية.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) غير واضحة بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) في الأصل: (لهما)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٦) غير واضحة بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٧) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

فَلَا شَرِكَةَ، وَلِهَذَا لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِقَضَاءِ دَيْنِ أَحَدِهِمَا لَيْسَ لِلْآخَرِ حَقُّ الْمُشَارَكَةِ. وَجْهُ الرَّدِّ: أَنَّ الدَّيْنَ بِالْمَوْتِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ، إذ الذِّمَّةُ خَرِبَتْ بِالْمَوْتِ، وَلِهَذَا لَو اسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا حَقَّهُ مِن التَّرِكَةِ يُشَارِكُهُ الآخَرُ فِيهِ، فَكَانَتْ الشَّهَادَةُ مُثْبِتَةً حَقَّ الشَّرِكَةِ، فَتَحَقَّقَتْ التُّهْمَةُ، بِخِلَافِ حَالِ حَيَاةِ المَدْيُونِ، لِأَنَّهُ فِي الذِّمَّةِ لِبَقَائِهَا لَا فِي المَالِ، فَلَا تَتَحَقَّقُ الشَّرِكَةُ.

قَالَ: (وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِجَارِيَتِهِ، وَشَهِدَ المَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِعَبْدِهِ، جَازَت الشَّهَادَةُ بِالِاتِّفَاقِ) لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ، فَلَا تُهْمَةَ.

(وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَشَهِدَ المَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ، فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا إذَا شَهِدَ الأَوَّلَانِ أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَى لِهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِعَبْدٍ، وَشَهِدَ المَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى لِلْأَوَّلَيْنِ بِثُلُثِ مَالِهِ،

قوله: (فلا شركة) أي: في ذلك فلا [تهمة][(١)] لأنها باعتبار الشركة فصار كما في حال حياته والاستيفاء من ثمراته فوقعت الشهادة لغير الشاهد تقبل، ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما لا يشاركه الآخر فيه، وهذا بخلاف الوصية لأن الحق بالوصية[(٢)] لا يثبت في الذمة، وإنما يثبت في العين فصار مشتركًا بينهم فأورث تهمة.

قوله: (أن الدَّيْن يتعلق بالتركة)، ولهذا لا يثبت الملك للوارث إذا كان الدين محيطًا بها، فكانت شهادة كل فريق يلاقي محلًّا مشتركًا، فصار نظير مسألة الوصية بالثلث، إليه أشار في المباسيط، وفي شرح الجامع.

وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: شهادة كل فريق لآخر في الدين باطلة، هكذا ذكر هنا.

وذكر محمد في الجامع الصغير، والجامع الكبير أن الشهادة جائزة، وروى صاحب الكتاب رواية ثالثة عن الحسن بن زياد، عن أبي حنيفة: أنهم إن جاؤوا جميعًا وشهدوا فالشهادة باطلة، وإن شهد اثنان لاثنين تقبل شهادتهما، ثم ادعى

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (بالتوصية)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَهِيَ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مُثْبِتَةٌ لِلشَّرِكَةِ.

الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم يشهد لهما الغريمان الأولان فشهادتهما جائزة، فصار في المسألة ثلاث روايات.

وذكر وجه رواية الجامعين جائزة كما ذكرنا وزاد شيئًا وقال: الشهادة إنما قامت على الميت بالدين، والدين يثبت في ذمة الميت ثم يتحول إلى تركة الميت لا تحول الفرار فإن الوارث لو أراد أن يقضي الدين من ماله ويستخلص التركة لنفسه له ذلك، فيصير كأنهم شهدوا عليه في حياته.

وجه رواية الحسن أنهم إذا جاؤوا معًا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة.

قوله: (مثبتة للشركة) أي: في المشهود به إذ الثلث محل الوصية فيكون مشتركًا بينهم.

فروع

ولو بلغ الصبي واختلف مع الوصي في قدر النفقة عليه فالقول للوصي بلا خلاف، ولو اختلفا في مدة النفقة فالقول للوصي، وبه قال الشافعي في أحد الوجهين كما في قدر النفقة، والوجه الثاني عنه: أن القول قول الصبي، وعليه أكثر أصحابه.

ولو اختلفا في دفع المال إلى الصبي فالقول للوصي بلا بينة، وبه قال الشافعي [٢/ ٥٤١/أ] في وجه، وقال في وجه: القول للصبي.

أما لو اختلف الأب أو الجد مع الصبي في قدر النفقة فالقول للأب والجد مع يمينهما بلا خلاف لأحد.

ولو قال الوصي بعد بلوغ الصبي: أبق عبدك فدفعتُ جُعْلَهُ أو خراجَ أرضِكَ، فالقول للوصي مع اليمين؛ لأنه أمين وهذا من حوائجه، وقال محمد: لا يصدق بلا بينة لأنه قد يكون وقد لا يكون، ولا يصدق إلا ببينة، كما لو قال: أنفقت على محارمك، أو أديت ضمان غصبك، أو جنايتك، أو جناية عبدك.

....

ولو قال: اشتريت العبد الذي في يد زيد ودفعت ثمنه لم يصدق على ذي اليد؛ لأنه مدع في حقه، وصدق في حق الوارث لأنه منكر للضمان.

ثم في كل موضع كان القول له فعليه اليمين.

ولو أدب الأب أو الوصي الطفل بالضرب فمات منه ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، كما لو ضرب المعلم الصبي، أو العبد بغير إذن الأب والمولى، وكما لو ضرب الزوج زوجته للتأديب، وعندهما لا يضمن؛ لأن له ولاية التأديب، وذا لا يحصل إلا به، فصار كما لو ضرب المعلم للتعليم بإذن الأب.

قلنا: التأديب يحصل بالزجر والتعريك فلا ضرورة في الضرب.

كِتَابُ الْخُنْثَى

فَصْلٌ فِي بَيَانِهِ

لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال شرع في بيان أحكام من له آلتان، وقدم ذِكْرَ الواحد لتقدمه على الاثنين، أو لأنه أعم وأغلب وأهم، وهذا كالنادر

اعلم أنه تعالى خلق بني آدم ذكوراً وإناثاً كما قال تعالى: ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً﴾ [النساء: ١]، وقال تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَـٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾ [الشورى: ٤٩ - ٥٠] الآية، وقد بيَّن حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذَكَر وأنثى، [فدل أنه لا يجتمع الوصفان في][١] شخص واحد، وكيف يجتمعان وبينهما تضاد وقد جعل علامة التمييز [بينهما الآلة، ثم قد يقع][٢] الاشتباه بأن يوجد آلتان ولا يوجد التمييز، كذا في المبسوط[٣].

ثم محاسن أحكامه [ترك الإهمال][٤] في البيان وإن ندر وجوده، ومنها: العدل والإنصاف وذكر ما يليق بحاله، ومنها: النظر فيما يضر وينفع.

وفي المغرب: تركيب الخنث يدل على لين وتكسر، ومنه: المخنث، وتخنث في كلامه، والخنثى من له آلة الرجال والنساء، والجمع: خناثى بالفتح، كحبلى وحبالى[٥].

---

(١) غير واضح بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) غير واضح بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ٩١).
(٤) غير واضح بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٥٤).

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ لِلْمَوْلُودِ فَرْجٌ وَذَكَرٌ فَهُوَ خُنْثَى، فَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِن الذَّكَرِ فَهُوَ

قوله: (إذا كان للمولود فرج وذكر)، أراد بالفرج هنا الحر وهو قُبل المرأة، وإلا الفرج يطلق على قُبل المرأة والرجل باتفاق أهل اللغة، كذا في المغرب(١).

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على [أن](٢) الخنثى يُورَّثُ من حيث يبول(٣).

روى الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس: أنه ﷺ سُئِلَ عن مولود له قُبُلٌ وذَكَرٌ من أين يورث؟ قال: «**مِن حَيثُ يبولُ**»(٤)، وعن علي مثله، وهكذا كان الحكم في الجاهلية فقرره الشرع.

وإن بال منهما فمن أول ما يبول لما روي أنه ﷺ أتي بخنثى من الأنصار، فقال: «**وَرِّثوهُ مِن أوّلِ ما يبولُ مِنهُ**».

وفي المبسوط: الترجيح بالسبق عند المعارضة، والمساواة أصل في الشرع(٥).

وفي النهاية: الترجيح بالسبق في المجتهدات لا في المسموعات، إذ في المسموعات المعمول هو الثاني؛ لأنه ناسخ دون الأول لأنه منسوخ، وإن كانا في السبق سواء فلا ترجيح بالكثرة عند أبي حنيفة، وأصحاب الشافعي وأحمد [في أحد](٦) الوجهين وكان خنثى مشكلًا فقال أبو حنيفة رحمه الله: لا أدري، وقال المزني: تعتبر الكثرة، كقولهما، وعن بعض أصحابه: سئل عمن يميل إليه طبعه فيقضى بذلك، وعند أبي يوسف ومحمد ينسب إلى أكثرهما بولًا، وبه قال أحمد، والشافعي في وجه، والأوزاعي؛ لأن الترجيح عند المعارضة بالقوة وذلك يكون بالكثرة كما يكون بالسبق، ولا مزاحمة بين القليل والكثير كما لا

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٥٤).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) الإجماع (٣٢٧).
(٤) تقدم تخريجه قريبًا.
(٥) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/١٠٣).
(٦) في الأصل: (وأحمد في)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

غُلَامٌ، وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِن الفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى) «لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ سُئِلَ عَنْهُ كَيْفَ يُورَّثُ؟ فَقَالَ: مِن حَيْثُ يَبُولُ» وَعَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه مِثْلُهُ. وَلِأَنَّ البَوْلَ مِن أَيِّ عُضْوٍ كَانَ فَهُوَ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ هُوَ العُضْوُ الأَصْلِيُّ الصَّحِيحُ، وَالآخَرُ بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ (وَإِنْ بَال مِنْهُمَا، فَالحُكْمِ لِلْأَسْبَقِ) لِأَنَّ ذَلِكَ دَلَالَةٌ أُخْرَى عَلَى أَنَّهُ هُوَ العُضْوُ الأَصْلِيُّ (وَإِنْ كَانَا فِي السَّبْقِ عَلَى السَّوَاءِ، فَلَا مُعْتَبَرَ بِالكَثْرَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يُنْسَبُ إِلَى أَكْثَرِهِمَا بَوْلًا) لِأَنَّهُ عَلَامَةُ قُوَّةِ ذَلِكَ العُضْوِ وَكَوْنُهُ عُضْوًا أَصْلِيًّا، وَلِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ

مزاحمة بين السابق واللاحق.

والظاهر أن المبال هو الذي يخرج منه الأكثر، والحكم للمبال، وقال أبو حنيفة: كثرة البول تدل على سعة المخرج، ولا معتبر بذلك فمخرج بول النساء أوسع من مخرج بول الرجال، أو لأن الكثرة والقلة تظهر في البول [لا في المبال][1]، وآلة الفصل المبال دون البول، ولأن نفس [٢/ ٥٤١/ب] الخروج دليل بنفسه فالكثرة من جنسه فلا يقع الترجيح بالكثرة.

ولما أخبر أبو يوسف أبا حنيفة بجوابه فقال أبو حنيفة له: هل رأيت قاضيًا يكيل البول بالأواني؟ وتوقف أبو حنيفة في الجواب، وقال: لا أدري، وهذا من علامة فقه الرجل وورعه، وعدم خبطه في الجواب فإنه انسد عليه طريق التمييز بالدليل المعقول والمسموع فتوقف، كما قالوا جميعًا عند استواء الكثرة: لا علم لنا بذلك.

وسئل ابن عمر عن مسألة فقال: لا أدري، كذا في المبسوط[2]، والأسرار.

وإن استويا في الكثرة فإنه مشكل عند الجمهور؛ لأنه لا مرجح، وحكي عن علي والحسن أنهما قالا: تعد أضلاعه، فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل، وقال جابر بن زيد: يوقف إلى جانب حائط فإن بال عليه فهو رجل، وإن سلسل بين فخذيه فهو امرأة، وليس كلا القولين بصحيح؛ لأنه لما أشكل حاله ولما احتيج إلى مراعاة المبال والأسبق كما روينا.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ١٠٤).

حُكْمَ الكُلِّ فِي أُصُولِ الشَّرْعِ، فَيَتَرَجَّحُ بِالكَثْرَةِ. وَلَهُ: أَنَّ كَثْرَةَ الخُرُوجِ لَيْسَ يَدُلُّ عَلَى القُوَّةِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لِاتِّسَاعٍ فِي أَحَدِهِمَا، وَضِيقٍ فِي الآخَرِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْهُمَا عَلَى السَّوَاءِ: فَهُوَ مُشْكِلٌ بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّهُ لَا مُرَجِّحَ.

قَالَ: (وَإِذَا بَلَغَ الخُنْثَى، وَخَرَجَتْ لَهُ اللِّحْيَةُ، أَوْ وَصَلَ إِلَى النِّسَاءِ، فَهُوَ رَجُلٌ) وَكَذَا إِذَا احْتَلَمَ كَمَا يَحْتَلِمُ الرَّجُلُ، أَوْ كَانَ لَهُ ثَدْيٌ مُسْتَوٍ، لِأَنَّ هَذِهِ مِن عَلَامَاتِ الذُّكْرَانِ (وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ ثَدْيٌ كَثَدْيِ المَرْأَةِ، أَوْ نَزَلَ لَهُ لَبَنٌ فِي ثَدْيِهِ، أَوْ حَاضَ، أَوْ حَبِلَ، أَوْ أَمْكَنَ الوُصُولُ إِلَيْهِ مِن الفَرْجِ، فَهُوَ امْرَأَةٌ) لِأَنَّ هَذِهِ مِن عَلَامَاتِ النِّسَاءِ (وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ إِحْدَى هَذِهِ العَلَامَاتِ، فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلٌ) وَكَذَا إِذَا تَعَارَضَتْ هَذِهِ المَعَالِمُ.

قوله: (وإذا بلغ الخنثى) إلى آخره، يعني هذا الذي قلنا ما دام صغيرًا، فإذا بلغ وظهرت إحدى العلامات فلا إشكال.

وفي الذخيرة: الإشكال قبل البلوغ، وبعد البلوغ يزول الإشكال؛ لأن بعد البلوغ لا بد من أمارة تظهر به يعلم بها أنه رجل أو امرأة، فإن بلغ وجامع بذكره فهو رجل، وإن لم يجامع ولكن خرجت لحيته فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل، إلى آخر ما ذكر في الكتاب.

ولو كان شخص لا مبال له بل له مخرج واحد[١] فيما بين المخرجين منه يبول ويتغوط، أو لا مخرج له لا قُبل له ولا دبر، وإنما يتقيأ ما يأكله ويشربه، وحكي في بعض البلاد عن هذا فهو في الخنثى المشكل، كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي[٢].

وفي المحيط: في المنتقى: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: ما أدري ما أقول في هذا.

---

(١) في الأصل: (واحدة)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المغني (٦/ ٣٤٠).

فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ

قَالَ ﷺ: الأَصْلُ فِي الخُنْثَى المُشْكِلِ أَنْ يُؤْخَذَ فِيهِ بِالأَحْوَطِ وَالأَوْثَقِ فِي أُمُورِ الدِّينِ، وَأَنْ لَا يُحْكَم بِثُبُوتِ حُكْمٍ وَقَعَ الشَّكُّ فِي ثُبُوتِهِ. قَالَ: (وَإِذَا وَقَفَ خَلْفَ الإِمَامِ، قَامَ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ، فَلَا يَتَخَلَّلُ الرِّجَالَ كَيْ لَا يُفْسِدَ صَلَاتَهُمْ، وَلَا النِّسَاءَ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ، فَتَفْسُدُ صَلَاتُهُ.

(فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ، فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلَاتَهُ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَالِ، فَصَلَاتُهُ تَامَّةٌ، وَيُعِيدُ الَّذِي عَنْ يَمِينِهِ، وَعَنْ يَسَارِهِ، وَالَّذِي خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ، صَلَاتَهُمْ احْتِيَاطًا) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ.

فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ

لما ذكر الخنثى شرع في بيان أحكام الخنثى المشكل لأنا نحتاج إلى معرفة أحكام الخنثى [المشكل لا في غير المشكل لأن ذلك][1] يلحق بما عرف.

قوله: (**الأصل في الخنثى المشكل**) ولم يقل المشكلة لما أن التذكير [هو الأصل ألا ترى أن حواء][2] خلقت من ضلع آدم لكن هذا في اللفظ، أما في أحكام الشرع يؤخذ بالأوثق [والأحوط.

قوله][3] (**فإن قام في صف النساء فأحب إليَّ أن يعيد صلاته**)، وإنما لم يقل أوجب مع أن فيها جهة الفساد، وفي العبادات جهة الفساد راجحة لما أن الأداء المسقط معلوم، والمفسد هو المحاذاة موهوم إذ فساد الصلاة لجهة المحاذاة مختلف فيه، وفي كونه رجلًا أيضًا فصار هذا بمنزلة شبهة الشبهة، فلذلك **قال**: (**أحب**)، إليه أشار في المبسوط[4].

وفي الذخيرة: هذا حال كونه مراهقًا، فأما لو كان بالغًا تجب الإعادة لترجيح جهة الفساد.

قوله: (**ويعيد الذي عن يمينه ويساره**) إلى قوله (**احتياطًا لاحتمال أنه امرأة**)،

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) طمس بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) طمس بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ١٠٧).

قَالَ: (وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ) لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيَجْلِسَ فِي صَلَاتِهِ جُلُوسَ الْمَرْأَةِ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا فَقَدْ تَرَكَ سُنَّةً، وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً فَقَدْ ارْتَكَبَ مَكْرُوهًا، لِأَنَّ السِّتْرَ عَلَى النِّسَاءِ وَاجِبٌ مَا أَمْكَنَ (وَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ قِنَاعٍ، أَمَرْتُهُ أَنْ يُعِيدَ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ، وَهُوَ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ، وَإِنْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَأَهُ (وَتُبْتَاعُ لَهُ أَمَةٌ تَخْتِنُهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ) لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكَتِهِ النَّظَرُ إِلَيْهِ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً.

وفي النهاية: فعلى ما ذكر في الذخيرة ينبغي أن تكون الإعادة في حق من عن يمينه، ويساره واجبة؛ لأنه إن كان أنثى تفسد صلاة الرجل بمحاذاته سواء كانت بالغة أو مراهقة بعد أن كانت عاقلة مشتهاة على ما ذكر في مسألة المحاذاة.

ولكن ذكر في المبسوط: إعادتهما مستحبة لما بينا أن محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم، ومبنى العبادة على الاحتياط فتستحب الإعادة[1].

وقيل: وجدت الصلاة بأركانها وقد وقع الشك في فسادها فلا تفسد بالشك، ولا يعتبر ذلك الذي ذكر لأن شرط تقدم الرجل على المرأة ليس بقوي فكان الظاهر هو الجواز.

قوله: (**أحب إلينا أن يصلي بغير بقناع**)، وفي الذخيرة: هذا إذا كان غير بالغ، أما لو بلغت بالسن وبقي الإشكال لا تجزئه صلاته بغير قناع إذا كان الخنثى حرًّا؛ لأن الصلاة متى فسدت من وجه وجازت من وجه يحكم بالفساد احتياطًا، وهذا قياس قول الأئمة الثلاثة.

قوله: (**وهو الاستحباب**)، وإن لم يُعِد أجزأه، هذا محمول على قبل البلوغ، فأما بعد البلوغ تجب الإعادة على ما ذكرنا من رواية الذخيرة، وذكره في المبسوط أيضًا.

قوله: (**وتُبْتاعُ له أَمَةٌ تَخْتِنُهُ**)، وفي بعض النسخ: (**تَخْتَتِنُه**)، والأول أصح؛ لأن الاختتان لازم ذكره في المصادر والمغرب يقال: ختنت الصبي ختنًا، واختتن هو أي: خُتن، أو ختن نفسه.

قوله: (**لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلًا كان أو امرأة**)، قيل: هذا

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/١٠٧).

وَيُكْرَهُ أَنْ يَخْتِنَهُ رَجُلٌ، لِأَنَّهُ عَسَاهُ أُنْثَى، أَوْ تَخْتِنُهُ امْرَأَةٌ، لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ رَجُلٌ، فَكَانَ الِاحْتِيَاطُ فِيمَا قُلْنَا: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، ابْتَاعَ لَهُ الإِمَامُ أَمَةً مِن بَيْتِ المَالِ) لِأَنَّهُ أُعِدَّ لِنَوَائِبِ المُسْلِمِينَ (فَإِذَا خَتَنَتْهُ بَاعَهَا وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيْتِ المَالِ) لِوُقُوعِ الِاسْتِغْنَاءِ عَنْهَا.

(وَيُكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الحُلِيِّ وَالحَرِيرِ، وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجَالِ، أَوْ قُدَّامَ النِّسَاءِ، وَأَنْ يَخْلُوَ بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ مِن رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ، وَأَنْ يُسَافِرَ مِن غَيْرِ مَحْرَمٍ مِن

التعليل يصح في حق الرجل، أما لا يصح في حق المرأة؛ لأن الأمة لا يباح النظر إلى مواضع العورة من سيدها مطلقًا، فقد ذكر في المبسوط [٢/ ٥٤٢/أ] أن للأمة النظر إلى مولاتها كما للأجنبيات، فعلم أنه لا تأثير للملك في إباحة النظر إلى سيدته، بل الأولى في التعليل ما ذكره في المبسوط والذخيرة بقوله: وإن كان الخنثى أنثى فيكون نظر الجنس إلى الجنس وأنه مباح حالة العذر.

قال شيخ الإسلام: لا يجوز لوليه أن يتزوج له امرأة بمهر يسير حتى تختنه لأن النكاح موقوف إلى أن يتبين أنه رجل لما أنه مشكل، والنكاح الموقوف لا يقبل الإباحة.

قال الحلواني: وإنما لم يقل تزوج له امرأة بماله؛ لأنا لا نتيقن بصحة نكاحه ما يتبين أمره، ولكن لو فعل مع هذا كان مستقيمًا لأن الخنثى إن كان امرأة فهو نظر الجنس إلى الجنس والنكاح لغو، وإن كان ذَكَرًا فهو نظر المنكوحة إلى زوجها.

وقال بعض المشايخ: إنما لم يقل محمد ذلك لأن تلك المرأة تبقى معلقة إذا لم يصل إليها فإنه لا يمكن التفريق بينهما لأنه صبي، ولا يصل إلى حقها في الجماع بل يؤجل، كذا في الذخيرة.

قوله: (**ويكره له في حياته**)، في النهاية: ليس في قيد الحياة زيادة فائدة لما أن بعد الموت كذلك، مع أن بعد موته إلباس لا لبس، والكراهة بعده للملبس لا للميت، لكن اتبع المصنف في ذلك لفظ المبسوط فإنه ذُكر في المبسوط هكذا، ولكن ذكر في المبسوط بعد ذكر تكفين الخنثى هذه المسألة، فكان ذكرها في المبسوط لتبيين المقابلة لا للقيد.

الرِّجَالِ) تَوَقِّيًا عَنِ احْتِمَالِ المَحْرَمِ (وَإِنْ أَحْرَمَ وَقَدْ رَاهَقَ، قَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا عِلْمَ لِي فِي لِبَاسِهِ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا يُكْرَهُ لَهُ لُبْسُ المَخِيطِ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى يُكْرَهُ لَهُ تَرْكُهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَلْبَسُ لِبَاسَ المَرْأَةِ)(*) لِأَنَّ تَرْكَ لُبْسِ المَخِيطِ وَهُوَ امْرَأَةٌ أَفْحَشُ مِن لُبْسِهِ وَهُوَ رَجُلٌ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْ.

(وَمَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ، أَوْ عَتَاقٍ: «إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلَامًا»، فَوَلَدَتْ خُنْثَى لَمْ يَقَعْ حَتَّى يَسْتَبِينَ أَمْرُ الخُنْثَى) لِأَنَّ الحِنْثَ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ (وَلَوْ قَالَ: كُلُّ عَبْدٍ لِي حُرٌّ، أَوْ قَالَ: كُلُّ أَمَةٍ لِي حُرَّةٌ، وَلَهُ مَمْلُوكٌ خُنْثَى: لَمْ يُعْتَقْ حَتَّى يَسْتَبِينَ أَمْرُهُ) لِمَا قُلْنَا (وَإِنْ قَالَ القَوْلَيْنِ جَمِيعًا عَتَقَ) لِلتَّيَقُّنِ بِأَحَدِ الوَصْفَيْنِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُهْمَلٍ (وَإِنْ قَالَ الخُنْثَى: «أَنَا رَجُلٌ»، أَوْ «أَنَا امْرَأَةٌ» لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُشْكِلًا) ....

قوله: (توقيًا عن احتمال المحرم) أي: ارتكابه قال ﷺ: «**دَعْ ما يَرِيبُكَ إِلَى ما لَا يَرِيبُكَ**»[1]، وترك لبس الحرير لا يريبه ولبسه يريبه لأنه عليه الصلاة والسلام شرط لحل اللبس الأنوثة بقوله: «**حِلٌّ لِإِناثِهِم**»[2]، وهذا الشرط غير معلوم في الخنثى فتردد بين الحظر والإباحة.

قوله: (أفحش من لبسه وهو رجل)؛ لأن لبس المخيط للرجل في إحرامه جائز عند العذر، واشتباه أمره من أبلغ الأعذار، ولبس المخيط أقرب إلى الستر، وترك الستر للمرأة لا يجوز في حال الإحرام أو عدمه.

قوله:(لأنه لم يبلغ) فلا يكون جناية، ولو كان بالغًا مشكلًا لا تثبت الجناية بالشك كما لا يثبت الحنث بالشك.

وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله: (لا يثبت الحنث بالشك).

(*) الراجح: قول محمد.

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ٢٤٩ رقم ٢٥١٨)، والنسائي (٨/ ٣٢٧ رقم ٥٧١١)، وأحمد (١/ ٢٠٠ رقم ١٧٢٣)، وابن خزيمة (٤/ ٥٩ رقم ٢٣٤٨)، وابن حبان (٢/ ٤٩٨ رقم ٧٢٢) من حديث الحسن بن علي رضي الله عنهما.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٢٩٦ رقم ١٧٢٠)، وأحمد (٤/ ٣٩٤ رقم ١٩٥٣٣) من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

لِأَنَّهُ دَعْوَى يُخَالِفُ قَضِيَّةَ الدَّلِيلِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ) لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِحَالِهِ مِن غَيْرِهِ (وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَبِينَ أَمْرُهُ، لَمْ يُغَسِّلْهُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ) لِأَنَّ حِلَّ الغُسْلِ غَيْرُ ثَابِتٍ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ (فَيُتَوَقَّى لِاحْتِمَالِ الحُرْمَةِ، وَيُيَمَّمُ بِالصَّعِيدِ)

قوله: (دعوى يخالف قضية الدليل)، إذ قضية الدليل تقتضي أن يبقى مشكلًا وكان هو مجازفًا في قوله: أنا امرأة؛ لأنه لا يعرف من نفسه إذا كان مشكلًا إلا ما يعرفه الناس، فلو قبل دعواه لا يكون مشكلًا وكان منافيًا لقضية الدليل، كذا في الذخيرة، والمبسوط[١].

قوله: (ينبغي أن يقبل قوله)، وإنما ذكر بلفظ (ينبغي) لأنه لم يذكر هذه المسألة في المبسوط حكم يتيقن بهذا الحكم.

وفي الذخيرة: لو قال أنا ذكر، أو: أنثى، يقبل قوله لأنه أمين في حق نفسه، والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال، كما في المعتدة لو قالت: انقضت عدتي، وأنكر الزوج فالقول لها ما لم يعرف خلاف قولها بأن قالت ذلك في مدة لا يقبل الانقضاء[٢] فيها، وما لم يعرف كونه مشكلًا لم يعرف خلاف ما قال فصدق فيما قال، أما لو ثبت كونه مشكلًا فقد عرف خلاف ما قال، ويكون مجازفًا كما بينا.

قوله: (فيتوقى في احتمال الحرمة) إذ بالموت لا تنكشف هذه الحرمة إلّا أنّ نظر الجنس إلى الجنس أخفُّ، فلأجل الضرورة أبيح النظر للجنس عند الغسل للضرورة، والمراهق كالبالغ في وجوب ستره فإذا كانت مشكلًا لم يوجد له جنس، أو لا يعرف له جنس فتعذر غسله فيتيمم بالصعيد، كما لو ماتت امرأة بين الرجال ولا امرأة معهم، أو مات الرجل بين النساء ولا رجل معهن.

ثم إن كان المتيمم أجنبيًّا تيممها مع الخرقة، وإن كان مَحرمًا بغير الخرقة، كما في الرجل بين النساء، والمرأة بين الرجال.

ولا تشترى جارية له للغسل كما تشترى للختان؛ لأن شراء الجارية للخنثى

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ١١٠).

(٢) في الأصل: (الا انقض)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

لِتَعَذُّرِ الغُسْلِ (وَلَا يَحْضُرُ إِنْ كَانَ مُرَاهِقًا غُسْلَ رَجُلٍ وَلَا امْرَأَةٍ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ ذَكَرٌ، أَوْ أُنْثَى (وَإِنْ سُجِّي قَبْرُهُ، فَهُوَ أَحَبُّ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ أُنْثَى يُقِيمُ وَاجِبًا، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَالتَّسْجِيَةُ لَا تَضُرُّهُ.

(وَإِذَا مَاتَ فَصُلِّيَ عَلَيْهِ، وَعَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ، وُضِعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِي الإِمَامَ، وَالخُنْثَى خَلْفَهُ، وَالمَرْأَةُ خَلْفَ الخُنْثَى، فَيُؤَخَّرُ عَنِ الرَّجُلِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيُقَدَّمُ عَلَى المَرْأَةِ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ.

(وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرٍ وَاحِدٍ مِن عُذْرٍ، جُعِلَ الخُنْثَى خَلْفَ الرَّجُلِ)

بعد موته للغسل لا يفيد إباحة الغسل لأنه لا يملكها، ولهذا لو كان للخنثى جارية مملوكة يزول ملكه عنها بعد موته، ولا يبقى على مالكه لحاجة الغسل لأن البقاء أسهل من الابتداء، فإذا كان كذلك لا يفيد الشراء، بخلاف ما لو كان حيًّا لأنه يملكها، وفي بعض الفتاوى: يجعل الخنثى المشكل في كوارة في الماء.

قوله: (فالتسجية لا تضره)؛ لأنه لا بأس بتسجية قبر الرجل عند العذر كالحَرِّ والبرد الشديد والمطر، فاشتباه حاله في العذر أبلغ من ذلك، كذا في المبسوط(١)، والذخيرة.

قوله: (ولا يحضر) أي: الخنثى المشكل غسل رجل ولا امرأة يعني لا يغسلهما كما ذكر في المتن.

قوله: (جعل الخنثى خلف الرجل) أي: موضع الرجل مما [٢/ ٥٤٢/ ب] يلي القبلة، ثم خلفه الخنثى، ثم خلفه المرأة؛ لأن جهة القبلة أشرف فيكون الرجل بالتقرب منه أولى، وقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام أمر بتقديم أكثرهم أخذًا للقرآن إلى جانب القبلة(٢)، ويجعل بينهما حاجز من صعيد

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ١٠٥).

(٢) أخرجه البخاري (٢/ ٩١ رقم ١٣٤٣) من حديث جابر بن عبد الله ﷺ قال: كان النبي ﷺ يجمع بين الرجلين من قتلى أحد في ثوب واحد، ثم يقول: «أيهم أكثر أخذًا للقرآن»، فإذا أشير له إلى أحدهما قدّمه في اللّحد، وقال: «أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة»، وأمر بدفنهم في دمائهم، ولم يغسَّلوا، ولم يصلّ عليهم.

لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ (وَيُجْعَلُ بَيْنهمَا حَاجِزٌ مِن صَعِيدٍ، وَإِنْ كَانَ مَعَ امْرَأَةٍ قُدِّمَ الْخُنْثَى) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ (وَإِنْ جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعْشُ الْمَرْأَةِ، فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ عَوْرَةٌ، (وَيُكَفَّنُ كَمَا تُكَفَّنُ الجَارِيَةُ، وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ) يَعْنِي يُكَفَّنُ فِي خَمْسَةِ أَثْوَابٍ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ أُنْثَى فَقَدْ أُقِيمَتْ سُنَّةٌ، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقَدْ زَادُوا عَلَى الثَّلَاثِ، وَلَا بَأسَ بِذَلِكَ.

ليصير ذلك في حكم قبرين. وكذا لو دفن رجلان في قبر واحد فلا بأس بذلك لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أمر يوم أحد أن يدفن جماعة من الشهداء في قبر واحد[١]، وأن يجعل بين كل واحد حاجز من التراب، كذا في المبسوط[٢].

قوله: (وإن جعل على السرير نعش المرأة)، وقد مر تفسير النعش في الصلاة.

وفي الذخيرة: وإن حمل الخنثى مقلوبًا فهو أحب إليّ.

ومعنى المقلوب أنه إذا كان للجنازة قوائم تقلب وتجعل القوائم التي أسفل الجنازة أعلاها، ثم يحمل عليه لأنه لا بد وأن يلقى عليه ثوب، فإذا جعلنا الجنازة مقلوبة يلقى الثوب على القوائم فيكون أستر له مما إذا حمل على ظاهر الجنازة، وإن لم يكن لها قوائم وضع على ظاهر الجنازة ووضع عليه النعش فيكون أستر له، وإن كانت امرأة فهو السنة وإن كان رجلًا فالنعش لا يضره، وكان أولى الوجهين ما ذكرنا.

ولو دخل قبره ذو رحم محرم منه ليضعه فهو أحب؛ لأنه إن كان أنثى فدخول الأجنبي مكروه دون المحرم، وإن كان ذكرًا لا يضره دخول المحرم، فالاحتياط فيما قلنا.

قوله: (ولا بأس بذلك) أي: بازدياد عدد الكفن في حق الرجل إذ الكفن يعتبر بحال الحياة، وعدد الثياب في الحياة لا يكره الزيادة على الثلاث، فكذا بعد الممات أما إذا كان أنثى ففي الاقتصار على الثلاث ترك السنة إذ السنة فيها خمسة أثواب فكان الأحوط ما ذكرنا كذا في الذخيرة.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٩١ رقم ١٣٤٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ١٠٧).

(وَلَوْ مَاتَ أَبُوهُ وَخَلَفَ ابْنًا، فَالمَالُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَثْلَاثًا، لِلِابْنِ سَهْمَانِ، وَلِلْخُنْثَى سَهْمٌ، وَهُوَ أُنْثَى عِنْدَهُ فِي المِيرَاثِ، إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ غَيْرُ ذَلِكَ) وَقَالَا: لِلْخُنْثَى نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ، وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَى، وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ(*). وَاخْتَلَفَا فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، قَالَ مُحَمَّدٌ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا، لِلِابْنِ

قوله: (ولو مات أبوه) إلى قوله (إلا أن يتبين غير ذلك) ذكر في عامة كتب أصحابنا أن للخنثى المشكل أقل النصيبين، يعني أسوأ الحالين عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف أولًا، وعليه الفتوى، وهو قول عامة الصحابة.

وقال أبو يوسف آخرًا: له نصف ميراث ذَكَر، ونصف ميراث أنثى، وهو قول [الشعبي، وأحمد][1]، وابن أبي ليلى، والثوري، واللؤلؤي، وشريك، والحسن بن صالح، وأهل المدينة، وأهل مكة، وابن عباس.

وقال الشافعي، وأبو ثور، وداود، وابن جرير: يعطى له اليقين، وهو ميراث أنثى، ويوقف الباقي إلى أن يتبين الأمر أو يصطلحوا، وفيه أقوال شاذة سوى ما ذكرنا.

للشافعي كونه أنثى بيقين فيعتبر ذلك، وفي الزيادة شك فيتوقف الأمر.

ولأبي يوسف وأحمد أنه في حال كونه ذَكَرًا يأخذ نصيبه، وفي حال كونه أنثى يأخذ نصف نصيبه، فيعطى له نصف نصيب ذكر، ويعطى له نصف نصيب أنثى لأن حالتيه على السواء.

وما ذكر ابن قدامة الحنبلي أنه قول ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة منكر[2] فحل محل الإجماع غير صحيح؛ لأنه ثبت بالنقل الصحيح أن عامة الصحابة يقولون بقول أبي حنيفة.

وفي النهاية: ما ذكر في الكتاب من إلحاق قول محمد مع أبي يوسف مخالف لعامة روايات كتب أصحابنا من المبسوط، والذخيرة، والتتمة، وشروح الفرائض حيث ذكر فيها محمد مع أبي حنيفة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) طمس بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) في الأصل: (منكرا)، والصواب المثبت.

سَبْعَةٌ، وَلِلْخُنْثَى خَمْسَةٌ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: المَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةٍ، لِلِابْنِ أَرْبَعَةٌ، وَلِلْخُنْثَى ثَلَاثَةٌ، لِأَنَّ الِابْنَ يَسْتَحِقُّ كُلَّ المِيرَاثِ عِنْدَ الِانْفِرَادِ، وَالخُنْثَى ثَلَاثَةُ الأَرْبَاعِ، فَعِنْدَ الِاجْتِمَاعِ يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ حَقَّيْهِمَا، هَذَا يَضْرِبُ بِثَلَاثَةٍ، وَذَلِكَ يَضْرِبُ بِأَرْبَعَةٍ، فَيَكُونُ سَبْعَةً. وَلِمُحَمَّدٍ: أَنَّ الخُنْثَى لَوْ كَانَ ذَكَرًا يَكُونُ المَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى يَكُونُ المَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا، احْتَجْنَا إِلَى حِسَابٍ لَهُ نِصْفٌ وَثُلُثٌ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ سِتَّةٌ، فَفِي حَالٍ يَكُونُ المَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةٌ، وَفِي حَالٍ يَكُونُ أَثْلَاثًا

ولو قيل: في عامة الكتب دليل على أنه [مع][1] أبي يوسف لأنهما يفسران قول الشعبي وهو مسطور في عامة الكتب بعدما اتفقا على قول الشعبي واختلفا تخريجه.

قلنا: تفسيره راجع إلى ما يحتمل قول أبي يوسف، وقياس قول الشعبي لأن ذلك قوله، وبه صرح في المبسوط فقال: فسر محمد رحمه الله قول الشعبي بهذا فلم نأخذ به[2].

قوله: (ولمحمد) إلى آخره، اعترض صاحب الصحائف في فرائضه على قول محمد فقال: نصيب الابن إذا كان سبعة من اثني عشر كان نصيب البنت ثلاثة ونصفًا، والمجموع عشرة ونصف، ونصفه خمسة وربع لا خمسة مجردة.

قال شيخي العلامة رحمه الله في جوابه: المراد من النصيبين نصيب الخنثى على تقدير ذكوريته وأنوثته لا ما يصيب الابن من النصيب المغير عن أصله، إذ يصيب من اثني عشر ثمانية لا سبعة، وهذا لا يشكل على عاقل فافهم.

ثم ذكر قول محمد أولًا مع تأخير تعليله يدل على أن المختار عند المصنف قول محمد.

قيل: ما قاله أبو يوسف أنفع للخنثى، والطريق الواضح فيه أن يضرب السبعة في الاثني عشر حيث لا موافقة بينهما فيصير المجموع أربعة وثمانين، ثم

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

(٢) المبسوط للسَّرَخْسِي (٣٠/ ٩٤).

لِلْخُنْثَى سَهْمَانِ، وَلِلِابْنِ أَرْبَعَةٌ، فَسَهْمَانِ لِلْخُنْثَى ثَابِتَانِ بِيَقِينٍ، وَوَقَعَ الشَّكُّ فِي السَّهْمِ الزَّائِدِ فَيَتَنَصَّفُ، فَيَكُونُ لَهُ سَهْمَانِ وَنِصْفٌ فَانْكَسَرَ، فَيُضَعَّفُ لِيَزُولَ الكَسْرُ، فَصَارَ الحِسَابُ مِن اثْنَيْ عَشَرَ، لِلْخُنْثَى خَمْسَةٌ، وَلِلِابْنِ سَبْعَةٌ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الحَاجَةَ هَاهُنَا إِلَى إِثْبَاتِ المَالِ ابْتِدَاءً، وَالأَقَلُّ وَهُوَ مِيرَاثُ الأُنْثَى مُتَيَقَّنٌ بِهِ، وَفِيمَا زَادَ عَلَيْهِ شَكٌّ، فَأَثْبَتْنَا المُتَيَقَّنَ قَصْرًا عَلَيْهِ، لِأَنَّ المَالَ لَا يَجِبُ بِالشَّكِّ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ الشَّكُّ فِي وُجُوبِ المَالِ بِسَبَبٍ آخَرَ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِالمُتَيَقَّنِ، كَذَا هَذَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ الأَقَلَّ لَوْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا، فَحِينَئِذٍ يُعْطَى نَصِيبَ الِابْنِ فِي تِلْكَ الصُّورَةِ، لِكَوْنِهِ مُتَيَقَّنًا بِهِ، وَهُوَ أَنْ تَكُونَ الوَرَثَةُ زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ، هِيَ خُنْثَى، أَو امْرَأَةً وَأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ، وَأُخْتًا لِأَبٍ وَأُمٍّ هِيَ خُنْثَى. فَعِنْدَنَا فِي الأُولَى: لِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ، وَالبَاقِي لِلْخُنْثَى، وَفِي الثَّانِيَةِ: لِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ، وَلِلْأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ الثُّلُثُ، وَالبَاقِي لِلْخُنْثَى، لِأَنَّهُ أَقَلُّ النَّصِيبَيْنِ فِيهِمَا.

اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في الاثني عشر، وحصة الخنثى [٢/ ٥٤٣/ أ] ثلاثة من سبعة فاضربه في اثني عشر فيكون ستة وثلاثين، واضرب حصة من كان له شيء من الاثني عشر في السبعة، وللخنثى خمسة فاضربه في السبعة فيكون خمسة وثلاثين، فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين سهمًا، كذا قرره مولانا حميد الدين رحمه الله.

قوله: (أي الباقي أقل النصيبين فيهما) أي: في المسألتين، فلو ماتت امرأة وتركت زوجًا وأختًا لأب وأم وخنثى لأب فللزوج النصف، وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى؛ لأن أسوأ حاله أن يكون ذكرًا، لأنه لو جعل ذكرًا لا يصيبه شيء، ولو جعل أنثى كان له السدس وتعول المسألة، فجعل ذكرًا.

وفي المغني لابن قدامة الحنبلي[١]: في مقتضى قول الشعبي أن يجعل للأخ الخنثى نصف ما يرثه في حال إرثه وهو نصف سهم فيضم إلى سهام الباقين وهو ستة، ثم تبسطها أنصافًا ليزول الكسر فيصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين

---

(١) المغني (٦/ ٣٣٧).

....

الزوج والأخت نصفين كذا عمله أبو الخطاب.

وفيه: ولو خلف خنثيين فصاعدًا تركتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين، فيجعل للاثنين أربعة أحوال، وللثلاثة ثمانية، وللأربعة ستة عشر، وللخمسة اثنين وثلاثين، ثم يجمع مالهم في الأحوال كلها فنقسمهم على عدد أحوالهم فما خرج بالقسمة فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة، وإن كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الأحوال وقسمته على عددهم في الأحوال كلها فالخارج بالقسمة هو نصيبه، وهذا قول ابن أبي ليلى، ومحمد بن الحسن على قياس قول الشعبي.

وفي وجه آخر أنهم ينزلون حالين مرةً ذكورًا، ومرةً إناثًا كما يصنع في الواحد وهذا قول أبي يوسف، وهذا أصح[١].

بيانه: ترك ولدًا خنثى، وولد أخ خنثى، وعمًّا، إن كانا ذكرين فالمال للولد، وإن كانا أنثيين فللولد النصف، والباقي للعم، فهي من أربعة عند من نزَّلهم بحالين، للولد ثلاثة أرباع المال، وللعم ربعه.

ومن نزلهم أحوالًا زاد حالين أخريين وهو أن يكون الولد وحده ذكرًا، أو أن يكون ولد أخ وحده ذكرًا فتكون المسألة من ثمانية، للولد المال في حالين، والنصف في حالين، وله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال، ولولد الأخ نصف المال في حال فله ربعه وهو الثمن، وللعم مثل ذلك، وهذا أعدل.

وذكر في المبسوط والذخيرة مسائل للخنثى لم يذكرها صاحب الكتاب، منها: أنه لو [قبله رجل بشهوة لم يتزوج أمه][٢] حتى يستبين أمره.

ومنها: لو وجَّهَ أبوه رجلًا وامرأة فهو موقوف إلى تنوعه حتى يستبين أمرهُ.

ومنها: لو زوج من خنثى مشكل آخر فالنكاح موقوف حتى يستبين أمرهما.

ومنها: أنه لا يحد قاذفه لو قذفه قبل البلوغ لأنه غير مُحْصَنٍ، وبعده أيضًا

---

(١) المغني (٦/ ٣٣٩)، وفيه: وهذا قول أبي يوسف. والأول أصح.

(٢) في الأصل: (أنه لو قتله رجل بسهم ولم يتزوج أمه)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

مَسَائِلُ شَتَّى

إذا كان مشكلًا لأنه إن كان رجلًا فهو بمنزلة المجبوب فلا يمكنه أن يجامع فلا يتحقق الزنا في حقه، وإن كانت امرأة فهو بمنزلة الرتقاء، ولا حد في قذف الرتقاء، وقد مر في حد القذف.

ومنها: لو قطع رجل يده أو امرأة فلا قصاص على القاطع حتى يستبين أمره؛ لأن حكم القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكورة والأنوثة حتى لا يجري القصاص في الأطراف بين الرجال والنساء، بخلاف القصاص في النفس فإنه لا يختلف بالذكورة والأنوثة عندنا خلافًا للأئمة الثلاثة، فيقتص قاتله سواء كان ذكرًا أو أنثى عندنا.

وكذا لو قطع هذا الخنثى يد رجل أو امرأة لا تقطع يده، أو قتله لم يكن عليه قصاص، ولكن الدية على عاقلته لأنه صغير لم يبلغ، فعمده وخطؤه سواء.

ومنها: أنه لا يرث بولاء العتاقة ما لم يستبن أمره.

ومنها: أنه لو أوصى رجل لما في بطن امرأة بألف إن كان غلامًا، وبخمسمائة إن كان جارية فولدت خنثى توقف الخمسمائة الفاضلة حتى يستبين أمره، وفي قياس قول الشعبي فينبغي أن تكون سبعمائة وخمسون لأنه يجعل للخنثى نصف نصيب ذكر، ونصف نصيب أنثى في الميراث، فكذا في الوصية لأنها أخت الميراث.

وفي الذخيرة: لا تجوز شهادته قبل البلوغ وبعده لو لم يستبن أمره يعتبر امرأة[١] في حق الشهادة حتى يتبين أنه ذكر؛ لأن هذا القدر من شهادته متيقن والزيادة مشكوك فيها، والله أعلم.

مَسَائِلُ شَتَّى

أي: متفرقة من كل باب، يقال: شتى وشتان قال تعالى: [٢/٥٤٣/ب] ﴿وَقُلُوبُهُمْ شَتَّىٰ﴾ [الحشر: ١٤] أي: متفرقة، وإيراد مسائل شتى في آخر الكتب من أدب المصنفين خصوصًا إذا انتهت الهداية نهايتها.

---

(١) في الأصل: (امره)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

قَالَ: (وَإِذَا قُرِئَ عَلَى الأَخْرَسِ كِتَابُ وَصِيَّتِهِ، فَقِيلَ لَهُ: أَنَشْهَدُ عَلَيْك بِمَا فِي هَذَا الكِتَابِ؟ فَأَوْمَأَ بِرَأْسِهِ: أَيْ: نَعَمْ، أَوْ كَتَبَ، فَإِذَا جَاءَ مِن ذَلِكَ مَا يُعْرَفُ أَنَّهُ إِقْرَارٌ: فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الَّذِي يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ، لِأَنَّ المُجَوِّزَ إِنَّمَا هُوَ العَجْزُ وَقَدْ شَمِلَ الفَصْلَيْنِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الأَصْلِيِّ وَالعَارِضِيِّ كَالوَحْشِيِّ وَالمُتَوَحِّشِ مِن الأَهْلِيِّ فِي حَقِّ الذَّكَاةِ، وَالفَرْقُ لِأَصْحَابِنَا

قوله: (**فقيل له أنشهد**) إلى آخره، يعني أشار أولًا بالوصية وكتبوا بإشارته، ثم قرئ عليه وقالوا: (**أنشهد عليك بما في الكتاب، فأشار برأسه أي نعم، أو كتب**) له: أي نعم، فإذا جاء ذلك من الإيماء والكتابة والخط وذلك أربعة هذان والخط والعقد.

وأراد بالخط النقد، وبالعقد عقد الأصابع على رسم المهندسين، فإذا وجد إحدى هذه العلامات فهو إقرار يحكم بجواز وصيته فهو أي وصيته جائز على تأويل الإيصاء ولا يعلم فيه خلاف.

وفي فتاوى قاضي خان: ولو وجب يمين على الأخرس فإنه يحلف وصورة تحليفه أن يقول له القاضي: عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا، فإذا أومأ برأسه نعم يصير حالفًا، ولا يقول: بالله إن كان كذا؛ لأنه لو أشار برأسه بنعم في هذا الوجه يصير مقرًّا بالله ولا يكون حالفًا[1].

قوله: (**في الذي يعتقل لسانه**) بضم الياء وفتح القاف على بناء المفعول، كذا ذكره في المغرب، وقال: واعتقل لسانه إذا حبس عن الكلام ولم يقدر[2].

(**فلم يجز ذلك منه**) أي: الإشارة، وبه قال أحمد، والثوري، والأوزاعي لأن نطقه غير مأيوس فلم تصح إشارته كالقادر، وقال الشافعي، وابن المنذر: تصح وصيته بالإشارة والكتابة كما في الأخرس؛ لأن علة الجواز العجز وهو يشملها.

واحتج ابن المنذر بأنه ﷺ صلى وهو قاعد فأشار إليهم فقعدوا، رواه

---

(١) فتاوى قاضي خان (٢/ ٢٥٠).
(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٢٤).

- رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: أَنَّ الإِشَارَةَ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ إذَا صَارَتْ مَعْهُودَةً مَعْلُومَةً، وَذَلِكَ فِي الأَخْرَسِ دُونَ الْمُعْتَقَلِ لِسَانُهُ. حَتَّى لَوْ امْتَدَّ ذَلِكَ وَصَارَتْ لَهُ إشَارَاتٌ مَعْلُومَةٌ، قَالُوا: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الأَخْرَسِ، وَلِأَنَّ التَّفْرِيطَ جَاءَ مِن قِبَلِهِ، حَيْثُ أَخَّرَ الوَصِيَّةَ إلَى هَذَا الوَقْتِ، أَمَّا الأَخْرَسُ فَلَا تَفْرِيطَ مِنْهُ، وَلِأَنَّ العَارِضِيَّ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ دُونَ الأَصْلِيِّ، فَلَا يَنْقَاسَانِ، وَفِي الآبِدَةِ عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ.

البخاري[(١)].

وقلنا: الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة وذلك في الأخريين والحديث لا يلزمنا فإنه عليه الصلاة والسلام كان قادرا على الكلام ولا خلاف في أن إشارة القادر لا تصح بها وصيته وإقراره وفارق الأخرس لأنه مأيوس من نطقه.

قوله: **([حتى لو امتد][(٢)] ذلك)** أي: الاعتقال، قال التمرتاشي: حده سنة، وذكر الحاكم عن أبي حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه؛ لأن عجزه عن النطق يعني لا يرجى زواله فكان كالأخرس، قالوا: وعليه الفتوى، كذا ذكره المحبوبي.

قوله: **(فلا ينقاسان)** أي: لا يقبلان القياس كالصغيرة والآيسة مع الممتدة الطهر والمرتفعة الحيض فإنه لا يجوز لهما أن يعتدا بالشهور، بخلاف الصغيرة والآيسة؛ لأن امتداد الطهر وارتفاع الحيض على شرف الزوال دون الصغر والإياس.

قوله: **(وفي الآبدة)** يعني خصت الآبدة **(بالنص)** على خلاف القياس، وهو قوله ﷺ - حين ندَّ بعير من إبل الصدقة فرماه رجل بسهم وسَمَّى فقتله -: **«إنَّ لَها أوَابِدَ كَأوابدِ الوحشِ، فإذا فَعلَتْ شيئًا من ذَلِك فافْعَلوا بِها كمَا فَعلتُم بِهذا، ثمَّ كُلوهُ»**، رواه رافع بن خديج[(٣)]، كذا في المبسوط[(٤)].

---

(١) أخرجه مسلم (١/ ٣٠٩ رقم ٤١٣)، والبخاري في "الأدب المفرد" (٩٤٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) أخرجه البخاري (٣/ ١٣٨ رقم ٢٤٨٨)، ومسلم (٣/ ١٥٥٨ رقم ١٩٦٨).

(٤) المبسوط للسَّرَخْسِي (١١/ ٢٢٨).

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الأَخْرَسُ يَكْتُبُ كِتَابًا، أَوْ يُومِئُ إِيمَاءً يُعْرَفُ بِهِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُهُ، وَطَلَاقُهُ، وَعَتَاقُهُ، وَبَيْعُهُ، وَشِرَاؤُهُ، وَيُقْتَصُّ لَهُ وَمِنْهُ، وَلَا يُحَدُّ وَلَا يُحَدُّ لَهُ) أَمَّا الكِتَابَةُ: فَلِأَنَّهَا مِمَّنْ نَأَى بِمَنْزِلَةِ الخِطَابِ مِمَّنْ دَنَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَدَّى وَاجِبَ التَّبْلِيغِ مَرَّةً بِالعِبَارَةِ، وَتَارَةً بِالكِتَابَةِ إِلَى الغُيَّبِ، وَالمُجَوِّزُ فِي حَقِّ الغَائِبِ العَجْزُ، وَهُوَ فِي حَقِّ الأَخْرَسِ أَظْهَرُ وَأَلْزَمُ.

ثُمَّ الكِتَابُ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبَ: مُسْتَبِينٌ مَرْسُومٌ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النُّطْقِ فِي الغَائِبِ وَالحَاضِرِ عَلَى مَا قَالُوا. وَمُسْتَبِينٌ غَيْرُ مَرْسُومٍ كَالكِتَابَةِ عَلَى الجِدَارِ، وَأَوْرَاقِ الأَشْجَارِ، وَيَنْوِي فِيهِ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ صَرِيحِ الكِتَابَةِ، ....

قوله: (ولا يحد) أي: الأخرس إذا كان قاذفًا، (ولا يحد له) إذا كان مقذوفًا.

قوله: (وهو) أي: العجز (في حق الأخرس أظهر) من العجز في حق الغائب (وألزم) لتوهم ارتفاعه، في حق الغائب ظاهر إلى أن يحضر الغائب، وفي الأخرس لا يرجى زواله غالبًا، فلما قبل الكتاب في حق الغائب مع رجاء الحضور لأن يقبل في حق الأخرس مع يأس زوال الخرس أولى.

قوله: (مرسوم) أي: معنون بالعنوان، والعنوان أن يكتب في صدره: من فلان إلى فلان.

قوله: (وينوي فيه) أي: بطلت منه النية فيه بأن كان صحيحًا بيَّن نيته باللسان، وإن كان أخرس يبين نيته بكتابته، كذا في المبسوط[(١)].

(بمنزلة صريح الكتابة) وهو كقوله: أنت بائن أي: بمنزلة كتابة قولية، أما الكتابة فليست بصريحة في الكتابة لأنها فعل، والكتابة الحقيقية تكون في القول، وذكر التمرتاشي: كتب مستبينًا ولكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار، أو على التراب، أو على الكاغدة لا على وجه الرسم كان لغوًا؛ لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا فلا يكون حجة إلا بالنية والبيان.

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (٦/ ١٤٣).

فَلَا بُدَّ مِن النِّيَّةِ. وَغَيْرُ مُسْتَبِينٍ كَالكِتَابَةِ عَلَى الهَوَاءِ وَالمَاءِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ كَلَامٍ غَيْرِ مَسْمُوعٍ، فَلَا يَثْبُتُ بِهِ الحُكْمُ. وَأَمَّا الإِشَارَةُ، فَجُعِلَتْ حُجَّةً فِي حَقِّ الأَخْرَسِ فِي حَقِّ هَذِهِ الأَحْكَامِ لِلْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ، لِأَنَّهَا مِن حُقُوقِ العِبَادِ، وَلَا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ، وَقَدْ تَثْبُتُ بِدُونِ اللَّفْظِ. وَالقِصَاصُ حَقُّ العَبْدِ أَيْضًا، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الحُدُودِ،

وفي الشافي: وكذا الصحيح لو كتب كتاب الطلاق أو غيره، أو ذكر الحق على نفسه فهو على تلك الوجوه، فإن كان مستبينًا مرسومًا فهو كالخطاب حتى لو جحد يسعَى لمن شهد كتابته أن يشهد إذا عرف ما في الكتاب، ولو كان غير مستبين لم [يكن][1] إقرارًا، وإن أشهد وقال: كتبت كذا فاشهدوا أني كتبت ذلك، ولو كان مستبينًا غير مرسوم إن أشهد عليه كان إقرارًا؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وقد تكون للتحقيق، وبالإشهاد يقع البيان.

ولو كتب ذكر حق عند قوم وهم يعرفون ما كتب، ثم قال لهم: اشهدوا عليَّ بما فيه، يصح [٢/ ٥٤٤/أ] الإشهاد، وكذا لو أملاه على غيره حتى كتب وهم يعرفون ماذا يمكن ثم أشهدهم.

ولو كتب عندهم وهم يعرفون ولم يقل: لهم اشهدوا، هل يكون ذلك إقرارًا؟ ذكر أبو اليسر.

قيل: لا يكون، وقيل: يكون؛ لأن الظاهر يدل على أن المال عليه، والأحكام تنبني على الظاهر.

(**ولا تختص بلفظ دون لفظ**) أي: كما ثبت بالعربي ثبت بالفارسي وغيره.

(**وقد تثبت بدون اللفظ**) أي: بفعل يدل على القول كالتعاطي، فكذا يجب أن تثبت بإشارة الأخرس للضرورة، والغالب في القصاص حق العبد كما عرف فيثبت بإشارته أيضًا.

قوله: (**ولا حاجة إلى الحدود**) أي: لا حاجة إلى التوسعة في الحدود لأن حق الله تعالى يسقط بالشبهة، ولعله كان مصدقًا للقاذف فلا يحد للشبهة، ولا يحد أيضًا بالإشارة لعدم القذف صريحًا وهو الشرط لما مرَّ في الحدود.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَلِأَنَّهَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَلَعَلَّهُ كَانَ مُصَدِّقًا لِلْقَاذِفِ، فَلَا يُحَدُّ لِلشُّبْهَةِ، وَلَا يُحَدُّ أَيْضًا بِالإِشَارَةِ فِي القَذْفِ، لِانْعِدَامِ القَذْفِ صَرِيحًا، وَهُوَ الشَّرْطُ. ثُمَّ الفَرْقُ بَيْنَ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ: أَنَّ الحَدَّ لَا يَثْبُتُ بِبَيَانٍ فِيهِ شُبْهَةٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ لَوْ شَهِدُوا بِالوَطْءِ الحَرَامِ، أَوْ أَقَرَّ بِالوَطْءِ الحَرَامِ، لَا يَجِبُ الحَدُّ، وَلَوْ شَهِدُوا بِالقَتْلِ المُطْلَقِ، أَوْ أَقَرَّ بِمُطْلَقِ القَتْلِ، يَجِبُ القِصَاصُ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَفْظُ التَّعَمُّدِ، وَهَذَا لِأَنَّ القِصَاصَ فِيهِ مَعْنَى العِوَضِيَّةِ، لِأَنَّهُ شُرِعَ جَابِرًا، فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ مَعَ الشُّبْهَةِ كَسَائِرِ المُعَاوَضَاتِ الَّتِي هِيَ حَقُّ العَبْدِ.

أَمَّا الحُدُودُ الخَالِصَةُ لِلَّهِ تَعَالَى فَشُرِعَتْ زَوَاجِرَ، وَلَيْسَ فِيهَا مَعْنَى العِوَضِيَّةِ، فَلَا تَثْبُتُ مَعَ الشُّبْهَةِ لِعَدَمِ الحَاجَةِ.

وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ: أَنَّ الكِتَابَ مِن الغَائِبِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي قِصَاصٍ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الجَوَابُ هُنَا كَذَلِكَ، فَيَكُونُ فِيهِمَا رِوَايَتَانِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ

قوله: (**ألا ترى أنه**) الضمير للشأن (**شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يحد**) وإن كان مطلق الحرمة ينصرف إلى الزنا لاحتمال أنه وطئ امرأته في حالة الحيض، وأمته المجوسية، ولهذا قالوا: لا يجب حد القذف بقوله يا (حرام زاده).

(**ولو شهدوا بالقتل المطلق، أو أقر به يجب القصاص**) وإن لم يوجد التصريح بالعمد.

(**لأنه**) أي: القصاص (**شرع جابرًا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر الأعواض التي هي حق العبد**) وإن شرع زاجرًا أيضًا، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩].

قوله: (**ويحتمل أن يكون الجواب هاهنا**) أي: في الأخريين (**كذلك**) أي: لا [يكون][(١)] حجة (**فيكون فيهما**) أي: في الأخرس والغائب غير الأخرس (**روايتان**).

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

يَكُونَ مُفَارِقًا لِذَلِكَ، لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الوُصُولُ إِلَى نُطْقِ الغَائِبِ فِي الجُمْلَةِ، لِقِيَامِ أَهْلِيَّةِ النُّطْقِ، وَلَا كَذَلِكَ الأَخْرَسُ، لِتَعَذُّرِ الوُصُولِ إِلَى النُّطْقِ لِلْآفَةِ المَانِعَةِ، وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الإِشَارَةَ مُعْتَبَرَةٌ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الكِتَابَةِ، بِخِلَافِ مَا تَوَهَّمَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَنَّهُ لَا تُعْتَبَرُ الإِشَارَةُ مَعَ القُدْرَةِ عَلَى الكِتَابَةِ.

لِأَنَّهُ حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَلَا ضَرُورَةَ، لِأَنَّهُ جَمَعَ هَاهُنَا بَيْنَهُمَا، فَقَالَ: أَشَارَ أَوْ كَتَبَ، وَإِنَّمَا اسْتَوَيَا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَفِي الكِتَابَةِ زِيَادَةُ بَيَانٍ لَمْ تُوجَدْ فِي الإِشَارَةِ، وَفِي الإِشَارَةِ زِيَادَةُ أَثَرٍ لَمْ يُوجَدْ فِي الكِتَابِ، لِمَا أَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى

قوله: **(لأنه)** أي: الإشارة على تأويل فعل الإشارة أو المذكور حجة ضرورية ولا ضرورة مع وجود الكتابة.

(لأنه) أي: محمد رحمه الله **(جمع)** هناك في الكتابة **(بينهما)** بقوله: يكتب كتابًا، أو يومئ إيماءً، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة لأن فضل البيان في الكتابة معلوم حسًّا وعيانًا حيث يفهم المقصود منها بلا شبهة خلاف الإشارة إذ فيها نوع إبهام.

(وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما أنه) أي: الإشارة أقرب إلى النطق من آثار الأقلام؛ لأن العلم بالكتابة يحصل بآثار الأقلام وهي منفصلة عن المتكلم، أما العلم الحاصل بالإشارة باليد أو الرأس حاصل بما هو متصل بالمتكلم، فكان المتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل منه فكان أولى بالاعتبار، ولأن الإشارة تقع معتبرة مع القدرة على البيان من كل وجه.

ألا ترى أن أفصح العرب النبي ﷺ كيف اعتبر الإشارة في قوله: «**الشَّهرُ هكذَا وهكذَا**»[١]، ولأن وجود [النطق متصور][٢] من اليد[٣] في الجملة كما في القيامة تشهد عليهم أيديهم، وقال ﷺ: «**اعْقُدْنَ بالأنامِلِ فإنَّها مَسْئولاتٌ**

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٢٧ رقم ١٩٠٨)، ومسلم (٢/ ٧٥٩ رقم ١٠٨٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.
(٣) في الأصل: (البدء)، والمثبت من النسخة الثانية، والثالثة.

النُّطقِ مِن آثَارِ الأَقْلَامِ، فَاسْتَوَيَا (وَكَذَلِكَ الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا، أَوْ يَوْمَيْنِ لِعَارِضٍ) لِمَا بَيَّنَّا فِي المُعْتَقَلِ لِسَانُهُ، أَنَّ آلَةَ النُّطقِ قَائِمَةٌ، وَقِيلَ: هَذَا تَفْسِيرٌ لِمُعْتَقَلِ اللِّسَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ الغَنَمُ مَذْبُوحَةً، وَفِيهَا مَيْتَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ المَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ، تَحَرَّى فِيهَا وَأَكَلَ، وَإِنْ كَانَتْ المَيْتَةُ أَكْثَرَ، أَوْ كَانَا نِصْفَيْنِ، لَمْ يَأْكُلْ) وَهَذَا إِذَا كَانَت الحَالَةُ حَالَةَ الِاخْتِيَارِ، أَمَّا فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ، يَحِلُّ لَهُ التَّنَاوُلُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، لِأَنَّ المَيْتَةَ المُتَيَقَّنَةَ تَحِلُّ لَهُ فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ، فَالَّتِي تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ذَكِيَّةً أَوْلَى، غَيْرَ أَنَّهُ يَتَحَرَّى، لِأَنَّهُ طَرِيقٌ يُوَصِّلُهُ إِلَى الذَّكِيَّةِ فِي الجُمْلَةِ، فَلَا يَتْرُكُهُ مِن غَيْرِ ضَرُورَةٍ.

مُستنطَقاتٌ يومَ القيامةِ»[(١)].

وقوله: (وكذلك الذي صَمَت)، - وفي بعض النسخ: (صُمِّت) والمصمت هو الله تعالى - عطف على قوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه).

قوله: (تحرى فيها وأكل)، قيل: هذا إذا لم يكن فيها علامة، لا علامة كونها مذبوحة، ولا علامة كونها غير مذبوحة، فإذا كان فيها علامة يؤخذ بالعلامة وترك التحري.

قوله: (أو نصفين لم يؤكل) أي: بالتحري، بخلاف الثياب النجسة فإنه يتحرى فيها وإن كان الطاهر والنجس نصفين عندنا، وبه قال الشافعي.

وفي الأواني النجسة لا يتحرى إلا إذا كانت الغلبة للطاهر، وقال الشافعي: يتحرى في المنصوص وفي الغلبة، وقال أحمد والمزني وأبو ثور: لا يتحرى في الأواني لعدم الضرورة في التحري ويتيمم ويصلي، واختلفت الرواية عن أحمد في وجوب إراقة ماء الأواني قبل التيمم، وقال ابن الماجشون المالكي: لا يتحرى، ولكنه يتوضأ بأحدهما ويصلي، ثم يتوضأ بالآخر ويعيد الصلاة التي صلاها.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٨١ رقم ١٥٠١)، والترمذي (٥/ ٤٦٣ رقم ٣٥٨٣)، وأحمد (٦/ ٣٧٠ رقم ٢٧١٣٤)، وابن حبان (٣/ ١٢٢ رقم ٨٤٢) من حديث يُسَيْرَة رضي الله عنها.
قال الترمذي: هذا حديث إنما نعرفه من حديث هانئ بن عثمان وقد رواه محمد بن ربيعة، عن هانئ بن عثمان، وقال النووي: رواه أبو داود، والترمذي بإسناد حسن، والبخاري في "تاريخه". "خلاصة الأحكام" (١٥٥٩)، وحسَّنه ابن حجر في "نتائج الأفكار" (١/ ٨٣).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ الأَكْلُ فِي حَالَةِ الِاخْتِيَارِ، وَإِنْ كَانَتْ المَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ، لِأَنَّ التَّحَرِّيَ دَلِيلٌ ضَرُورِيٌّ، فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ مِن غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَلَا ضَرُورَةَ، لِأَنَّ الحَالَةَ حَالَةُ الِاخْتِيَارِ، وَلَنَا: أَنَّ الغَلَبَةَ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الضَّرُورَةِ فِي إِفَادَةِ الإِبَاحَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ أَسْوَاقَ المُسْلِمِينَ لَا تَخْلُو عَن المُحَرَّمِ المَسْرُوقِ وَالمَغْصُوبِ، وَمَعَ ذَلِكَ يُبَاحُ التَّنَاوُلُ اعْتِمَادًا عَلَى الغَالِبِ، وَهَذَا لِأَنَّ القَلِيلَ لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ، وَلَا يُسْتَطَاعُ الِامْتِنَاعُ مِنْهُ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ، دَفْعًا لِلْحَرَجِ كَقَلِيلِ النَّجَاسَةِ، وَقَلِيلِ الِانْكِشَافِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا نِصْفَيْنِ، أَوْ كَانَت المَيْتَةُ أَغْلَبَ، لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ فِيهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ المَرْجِعُ وَالمَآبُ.

وقال محمد بن مسلمة المالكي: يتوضأ بأحدهما ويصلي، ثم يغسل ما أصابه من الماء الأول ويتوضأ بالآخر ويعيد الصلاة، وقال غيرهما من أصحاب مالك مثل قول الشافعي.

والفرق لنا بين المذبوحة والأواني وبين الثياب أن حكم الثياب أخف من غيرها، فإن الثياب لو كانت نجسة كلها له أن يصلي في بعضها ولا يعيد صلاته لأنه مضطر فيها، بخلاف المسالح والأواني لأنه لا ضرورة فيها فإن التيمم طهور له عند العجز عن الماء، حتى لو تحققت الضرورة [٢/ ٥٤٤/ ب] في الشرب عند العطش جاز له أن يتحرى للشرب كما في الأكل؛ لأن له عند الضرورة أكل الميتة وشرب الماء النجس فلأن يجوز له التحري أولى، كذا في جامع المحبوبي، والمبسوط[١].

قوله: (وقال الشافعي: لا يجوز له الأكل) إلى آخره، وبه قال مالك وأحمد.

(ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة) أي: تقوم مقامها في إثبات الإباحة لأنا نعلم أن أسواق المسلمين لا تخلو عن الحرام، ومع هذا جاز التناول بالشراء وغيره باعتبار الغالب، وهذا لأن القليل لا يمكن التحرز عنه والامتناع

---

(١) المبسوط للسَّرَخْسِي (١٠/ ٢٠١).

....

منه فصار عفوًا، والله سبحانه وتعالى أعلم[١].

هذا آخر ما انتهيت إليه من تأليف "معراج الدراية في شرح الهداية"

في الحادي والعشرين من المحرم سنة خمس وأربعين وسبعمائة بتوفيق الله تعالى العزيز الغفور المُوَفِّق وإعانته، وأرجو ممن يطالعه وينظر فيه أن لا ينسى لمؤلفه من دعاء الختم بالسعادة.

ثم إن صاحب الهداية رحمه الله لما لم يُورد كتاب الفرائض - مع أن صاحب القدوري أورده فيه - أردت أن أذكر كتاب الفرائض في آخر "المعراج"، وأبين مواضع الخلاف وجهات التمسك، وأبحاثًا غريبة لتكون كالشرح لفرائض القدوري وغيره، وهذا كتاب الفرائض.

---

(١) عند هذا الموضع انتهت النسخة الثانية.

كتاب الفرائض

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

رب وفق لإتمامه، ويسر لاختتامه

قوله: (الفرائض) جمع فريضة، والفرض القطع والتقدير، وسمي هذا النوع بالفرائض لأنها سهام مقدرة مقطوعة مبينة بالكتاب والسنة، وروي عن جابر بن عبد الله أنه قال: جاءت امرأة سعد بـن الرَّبيع إلى النبي ﷺ بابنتيها وقالت: يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد وقُتِلَ سعد في أُحُدٍ، وعمُّهُمَا أخذ مَالَهُمَا، ولا تُنكحان إلّا ولهما مالٌ، فنزلت آية المواريث ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ﴾ [النساء: ١١] الآية، فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمهما وقال: «**أعطِ ابنتَي سَعدٍ الثّلثينِ، وأمَّهُما الثُّمُنَ، وما بَقِيَ لكَ**»، رواه أحمد في مسنده(١).

ثم تعلمه مندوب - وإن كان فرض كفاية - للأخبار الواردة فيها، منها: ما روى ابن عمر أنه ﷺ قال: «**تَعلَّموا الفرائِضَ وعَلِّموها الناسَ فإنّي امرؤٌ مَقبوضٌ، وإنّ العِلمَ سَيُقبَضُ حتى يَختلِفَ الرّجلانِ في الفَريضَةِ فلا يَجدانِ مَن يَفصِلُ بينَهُما**»(٢)، وما روى أبو هريرة، عن النبي ﷺ قال: «**تعلَّموا الفرائِضَ وعَلِّموها فإنّها نصفُ العلمِ وهو يُنسىَ، وهو أوَّلُ شيءٍ يُنتزَعُ مِن أمّتي**»، أخرجه ابن ماجه(٣).

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٢١ رقم ٢٨٩١)، والترمذي (٣/ ٤٨٥ رقم ٢٠٩٢)، وأحمد (٣/ ٣٥٢ رقم ١٤٨٤٠)، والحاكم (٤/ ٣٣٤ رقم ٧٩٥٤) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٢) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٦/ ٩٧ رقم ٦٢٧١)، والدارقطني (٥/ ١٤٣ رقم ٤١٠٣)، والحاكم (٤/ ٣٣٣ رقم ٧٩٥٠) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله علَة، وقال ابن حجر: فيه انقطاع. التلخيص الحبير (٣/ ١٧٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٣/ ٩٠٨ رقم ٢٧١٩)، والدارقطني (٥/ ١١٧ رقم ٤٠٥٩)، والحاكم (٤/ ٣٣٢ رقم ٧٩٤٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٠٨ رقم ١٢٥٣٧).
قال البيهقي: تفرَّد به حفص بن عمر وليس بالقوي.

وإنما سمي هذا العلم نصف العلم باعتبار حالتي الحياة والممات، أو لسببي الملك اختياري كالشراء، وضروري كالإرث، وقال أهل السلامة: لا ندري، وعلينا اتّباعَهُ عَقَلْنا المَعنَى أوْ لَا.

والمتعلق بالتركة حقوق أربعة مرتبة، فيُبدَأ منها بتجهيز الميت وتكفينه، وهو مُقدَّم على الديون والوصايا والمواريث؛ باعتبار الحاجة الأصلية، كما في حال الحياة، فإن حوائجه الأصلية مقدمة على الديون، ومستثنى من ذلك حق تعلق بعين كالمرهون والمستأجر والمشترى قبل القبض والعبد الجاني، فهؤلاء أولى بها من الكفن، كذا ذكره في فرائض فخر الدين بن عبد الجبار الكوفي.

ولكن ما يكفن به بلا تبذير ولا تقتير، ويكون مثل ما كان يلبسه في الحياة على حسب العرف والعادة لمثله في اعتبار يساره وإعساره حتى قالوا: التبذير أن يكفن في الكتان والإبريسم إذا كان يلبس في حياته الكرباس، والتقتير على عكس هذا.

وقيل: التبذير والتقتير من حيث العدد أيضًا بأن يكفن الرجل في خمسة أثواب والسنة فيه ثلاثة، والتقتير أن يكفنوه أقل من ثلاثة بلا ضرورة، ولو كفنوا المرأة أكثر من خمسة تبذير، أو بالأقل من خمسة تقتير، أو هذا عند القدرة، وفي الضرورة يكفن بأي شيء وجد، وقد مر في الجنائز.

ثم يقضى دينه من جميع ما بقي بعد التجهيز لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١] [٢/ ٥٤٥/ أ]، ولأن الدَّين مستحق عليه ثم الوصية، والدَّين مقدم على الوصية لأن فراغ ذمته من أهم حوائجه، قال النبي ﷺ: «**الدَّينُ حائِلٌ بينَهُ وبينَ الجَنَّةِ**»، والوصية مستحبة فأداء الفرض أولى، وإنما قدمت الوصية في الآية لفظًا للحثِّ على إمضائها فإن الدَّين لازم لا يغفل الورثة عنه، والإمضاء عن قضائه من مطالبة الغرماء، والوصية تبرع قد [يقع](١) التساهل في إمضائها فقدمت حثًّا للأولياء على إمضائها، كذا في الكشاف.

قال شيخ الإسلام في مبسوطه: البداءة بالوصية أولى إذا كانت الوصية معينة، أما لو كانت مطلقة بأن أوصى بثلثه، أو ربعه، أو جزء شائع فالموصى له

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

شريك الورثة؛ لأنها بمعنى الميراث فلا يحتاج إلى البداءة من الوصية.

وقيل: الصحيح أن الوصية مقدمة على الميراث في مقدار الثلث سواء كانت مطلقة أو معينة، ولهذا ذكر شمس الأئمة السرخسي وصاحب فرائض السراجي في فرائضه مطلقًا، ثم يقسم الباقي بين من يستحق الإرث، واستحقاق الإرث بالسبب والنسب، والإرث البقاء، قال عليه الصلاة والسلام: «**أَنتُمْ علَى [إرث]**[١]**أبيكُمْ إبرَاهِيمَ**»[٢] أي: على بقية من بقايا شريعته، والوارث الباقي.

وشرعًا: انتقال المال إلى الغير على جهة الخلافة، ويستحق الإرث بالقرابة، والموالاة، والزوجية بإجماع الأمة.

والورثة ثلاثة: صاحب الفرض: وهو ذو سهم مقدر.

والعصبة: وهو من يستحق الباقي مع ذي سهم أو بعضه إذا كانت فيها البنت مع الابن لأنها عصبة، ويأخذ بعض ما بقي، والكل إذا انفرد.

وذو الرحم: وهو قريب [غيرهما، فيبدأ][٣] بذي الفرض بالحديث وهو قوله ﷺ: «**أَلْحِقُوا الفَرائِضَ بأهلِها [فما أبقَتْهُ فلأَوْلَى]**[٤]**رجُلٍ ذكرٍ**»[٥]، ثم بالعصبة النسبية، ثم بالعصبة السببية وهو مولى العتاقة، ويجيء بيانه.

فصل

أصحاب الفروض أصناف من الرجال أربعة، ومن النساء ثمانية.

أما الرجال: فالأول الأب، وله أحوال ثلاثة: السدس مع الابن أو ابنه وإن سفل، والسدس والباقي مع البنت أو بنت الابن وإن سفلت، ويتعصب عند عدمهم، أما الفرض المطلق لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ١٨٩ رقم ١٩١٩)، والترمذي (٢/ ٢٢٢ رقم ٨٨٣)، والنسائي (٥/ ٢٥٥ رقم ٣٠١٤)، وابن ماجه (٢/ ١٠٠١ رقم ٣٠١١)، والحاكم (١/ ٤٦٢) من حديث ابن مِرْبَع الأنصاري رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

(٥) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٠ رقم ٦٧٣٢)، ومسلم (٢/ ١٢٣٣ رقم ١٦١٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [النساء:١١]، فهذا تنصيص على أنه صاحب فرض مع الولد وفرضه السدس، والباقي للابن لقوله ﷺ: «**أَلْحِقوا الفرائضَ بأهلِها فمَا أبقَتْ فالأَوْلَى رَجُلٍ ذَكرٍ**»[1]، وأولى رجل ذكر من العصبات الابن.

وإن كان الولد بنتًا فله السدس، وللبنت النصف، والباقي للأب لأنه أولى رجل ذكر من العصبات حال عدم الابن.

والتعصيب المحض عند عدم الولد وولد الابن وإن سفل لقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ فعلم أن الباقي له؛ لأنه لما بيَّن نصيب أحد الشريكين - وصدر الكلام أوجب الشركة - علم أن الباقي للآخر، فهذا تنصيص على أنه عصبة حال عدم الولد.

والثاني: الجد الصحيح، وهو الذي لم يتخلل بينه وبين الميت أم كالأب، إلا في أربع مسائل، وذلك كأب الأب، وأب أب الأب وإن علا؛ لأن اسم الأب يطلق على الجد، قال تعالى: ﴿وَٱتَّبَعْتُ مِلَّةَ ءَابَآءِىٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ﴾ [يوسف:٣٨]، وإبراهيم جد أبيه، وقال تعالى: ﴿كَمَآ أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ ٱلْجَنَّةِ﴾ [الأعراف:٢٧]، والمراد آدم وحواء.

وفي أربع مسائل ليس كالابن: بنتان مع زوج وأبوين، أو مع زوجة وأبوين.

والثالثة: الجدة أم الأب ترث مع الجد، ولا ترث مع الأب.

والرابعة: الإخوة والأخوات لا يرثون مع الأب ومع الجد عند أبي حنيفة، وعندهما يرثون كما يجيء في المقاسمة، هذه أربع مسائل في حق التوريث.

أما أربعة أخرى في غيرها، منها: أن الصغير يصير مسلمًا بإسلام الأب، ولا يصير مسلمًا بإسلام الجد في ظاهر الرواية، وقد مرَّ في السير.

ومنها: أن الأب يؤدي صدقة الفطر عن أولاده الصغار، والجد لا يؤدي عن نوافله الصغار في ظاهر الرواية.

ومنها: أن من أوصى لأقرباء فلان لا يدخل فيه الأب، ويدخل الجد.

ومنها: أن الأب إذا أعتق يجر ولاء ولده، والجد إذا أعتق لا يجر ولاء

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٠ رقم ٦٧٣٢)، ومسلم (٢/ ١٢٣٣ رقم ١٦١٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

نافلته إلى مواليه في ظاهر الرواية، ورواية الحسن عن أبي حنيفة تخالف ظاهر الرواية في جميع هذه الفصول، [٢/ ٥٤٥/ب] ويسقط بالأب فقط بالإجماع.

قال صاحب الصحائف في فرائضه: ما قالوا أن الجد الصحيح هو الذي لم يتخلل في نسبته بينه وبين الميت أم غير جامع للجد الذي في نسبته أم كأب الأب، وهو أيضًا أب أم الأم، أو أب أب الأم فإنه جد صحيح، وتخلل في نسبته بينه وبين الميت أمّ، فالصواب أن يقال: الجد الصحيح هو الذي ينسب إلى الميت بدون دخول أمّ.

وهكذا قال في تعريف الجدة الصحيحة: هي التي تنسب إلى الميت بدون دخول جد فاسد، والفاسدة التي يدخل ليكون جامعًا.

قال شيخي العلامة مولانا علاء الدين عبد العزيز رحمه الله: لم يدخل في النسبة التي باعتبارها جد صحيح أمٌّ فيكون ما أورد جدٌّ صحيح بجهة، وغير صحيح بجهة [فيصدق][1] عليه كلا الطرفين ضرورة، وإنما يرد بقضاء أن لو كانت في صحته بتلك الجهة دخلت الأم فيها، أو [بالجهتين جميعًا][2].

ولا شك أن المراد من قولهم في نسبته: "بينه وبين الميت نسبة" ما لا جميع جهات النسبة[3]، وتعريفهم صادق عليه هذا الطريق، ألا ترى أن ما ذكره يرد على التعريف الذي اختاره أيضًا، والجواب في تعريف الجدة الصحيحة مثل الجواب في الجد الصحيح.

والثالث: الأخ لأم وله السدس.

ويستوي في أولاد الأم الذكر والأنثى فللواحد السدس لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ النساء: ١٢]، والمراد منه الأخ أو الأخت لأم، ثبت ذلك بقراءة سعد بن أبي وَقّاص فقرأ: (وله أخ أو أخت لأم) صريحًا.

وللاثنين فصاعدًا الثلث لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) كذا في الأصول الخطية.

﴿شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ ذكورهم وإناثهم في القسمة والاستحقاق سواء أما في [...][١] قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ والشركة المطلقة تقتضي المساواة ألا ترى أنه لو قال: أنتَ شريكي في المال بينهما نصفين، كذا في الأسرار.

ولا يعلم فيه خلاف، وقد روي عن ابن عباس في رواية شاذة أن الثلث [بين][٢] الإخوة والأخوات لأم ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾ [النساء: ١١] كما في قسمة ميراث الأم بينهم، وقد مرَّ جوابه.

وأما في الاستحقاق فلقوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُۚ﴾ سوَّاهما في استحقاق السدس، وفي بعض النسخ الفرائض في الاستحقاق سواء، ويلزم منه أنهم في الشركة سواء فلا يحتاج إلى قوله والقسمة.

قيل في جوابه: لا يلزم من السوية في الاستحقاق أن يكونوا في الشركة سواء فإن الابن مع البنت سواء في كونهما عصبة ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾ في القسمة، ثم [إنهم][٣] يسقطون بالولد، وولد الابن وإن سفل، والأب والجد بالإجماع، إلا برواية شاذة عن ابن عباس أنه قال في أبوين وأخوين لأم: للأم الثلث، وللأخوين الثلث، وروي عنه: لهما ثلث الباقي، والباقي للأب، وهذا بعيد جدًّا فإن ولد الأم يسقطون بالجد بالإجماع فكيف يرثون مع الأب عنده.

والأصل في هذه الجملة قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُۚ﴾ الآية، والكلالة عند الجمهور: من ليس له ولد ولا والد، فيسقط في توريثهم عدم الوالد والولد، والولد يشمل الذكر والأنثى، والوالد الأب والجد.

واختلف أهل العلم في الكلالة، قيل: هي اسم للورثة ما عدا الوالدين والمولودين، نقل ذلك عن أبي بكر، وهو اختيار أهل الكوفة والمدينة، وهو قول الجمهور كأنه اشتق من الإكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه فكانت الورثة ما عدا الوالدين والولد قد أحاطوا بالميت من حواليه لا من أعلاه وأسفله.

---

(١) بياض بالأصل بقدر كلمتين، وسقط مقدار سطر من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

وقيل: اسم للميت نفسه الذي لا والد له ولا ولد، يروى ذلك عن عمر، وعلي، وابن مسعود لقوله تعالى: ﴿يُورَثُ كَلَٰلَةً﴾ أي: حال كونه كلالة، وهو نصب على الحال، وإنما يورث المورث، فعرفنا أنه اسم للميت، وهو اختيار أهل البصرة.

ولأهل الكوفة قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ [النساء: ١٧٦] أي: يستفتونك عن الكلالة، وإنما يستقيم الاستفتاء[١] عن ورثة ليس فيهم ولد ولا والد، وتقرأ ﴿يُورَثُ﴾ بكسر الراء وفتحها، والقراءة بالكسر تشير إلى أن اسم الكلالة للورثة، وبالفتح تتناول الورثة، والميت كاسم الأخ يتناول كل واحد منهما.

ثم قد ثبت بالسنة أن المراد بالكلالة الورثة، قال عليه الصلاة والسلام: «**مَن تركَ كَلالةً أو عِيالًا فعَلَيَّ نفقَتُهُ**»[٢]، يعني كلالة.

وعن عمر وابن عباس [٢/ ٥٤٦/ أ] في رواية: الكلالة ما خلا الولد وإن كان هناك والد.

قال عطاء: سألت ابن عباس عن الكلالة؟ قال: ما عدا الولد، فقلت: إنهم يقولون ما عدا الولد والوالد، فغضب فقال: أهم أعلم أم الله؟ قال تعالى: ﴿يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ إِنِ ٱمْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾.

والصحيح عنهما كقول الجماعة.

وللجمهور ما روى أبو سَلَمَةَ بن عبد الرحمن: أنه ﷺ سئل عن الكلالة فقال: «**مَن لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ ولَا وَالِدٌ**»، والمراد من الآية: ليس له ولد ومَن يقوم مقام الولد، ألا ترى أن مَن له ولدُ ابنٍ لا يكون كلالة لوجود من يقوم مقامه، فكذا من له أب لا يكون كلالة لوجود من يقوم مقام الولد.

والمراد: مَن ليس له ولد ولا والد جميعًا فإن اسم الولد مشتق من الولادة، ويطلق ذلك على الوالد لتولد الولد منه، وعلى الولد لتولده من الوالد، كاسم الذرية يتناول الأولاد والآباء، قال تعالى: ﴿حَمَلْنَا ذُرِّيَّتَهُمْ فِى ٱلْفُلْكِ ٱلْمَشْحُونِ﴾

---

(١) في الأصل: (الاستنقاء)، والمثبت من النسخة الثالثة.

(٢) بنحوه أخرجه البخاري (٣/ ٩٧ رقم ٢٢٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣٧ رقم ١٦١٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

[يس:٤١] يعني آباءهم فسمي به لأن الولد ذرئ منه، وسمي به الولد لأنه ذرئ من الأب، كذا في شرح فرائض السرخسي.

وسمي أولاد الأم بني الأخياف أخذًا من: فرس أَخْيَفَ، إذا كانت إحدى عينيه زرقاء والأخرى كحلاء، فينتمي بإحدى عينيه إلى شيء، وبالأخرى إلى شيء آخر، فكذا أولاد الأم من أصلين مختلفين، كذا في شرح فرائض شيخ الإسلام.

وذكر أبو عصمة: أُخذ من الخيف، وهو الشيء الذي يُسْتَر به السكين سُمُّوا بذلك لأنهم في خيف واحد.

والرابع: الزوج وله النصف إن لم يكن للميت ولد، أو ولد ابن وإن سفل، وإن كان فله الربع بالنص وهو قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء:١٢] الآية، ولا خلاف فيه لأحد.

وفي المجتبى: قال مشايخ العراق: الحي يرث الحي، ولا امتنع ميراث الأزواج لانتفاء الزوجية بالموت، وقال مشايخ بلخ: يرث من الميت، وإلا لكان العين الواحدة ملكًا لِلمُوَرِّثِ والوارث في حالة واحدة وإنه ممتنع.

وفائدة الخلاف فيمن قال لزوجته الأمة: إذا ماتَ مولاكِ فأنتِ طالقٌ ثنتين، فمات المولى ولا وارث له سوى الزوج، فعلى قول مشايخ العراق لا تَطلُقُ لتقدم الملك وفساد النكاح، وعلى قول مشايخ بلخ تطلق.

وأما النساء: فالأولى الأم، ولها أحوال ثلاث: السدس مع الولد، أو ولد الابن والاثنين من الأخوة والأخوات فصاعدًا من أي جهة كانا لأب وأم، أو لأب أو لأم لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ والولد يتناول الذكر والأنثى، وكذلك يتناول ولد الابن مجازًا، قال تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ [الأعراف:٢٦]، وعند نزول الآية لم يبق أحد من صلب آدم، ولا خلاف فيه بين أهل العلم.

أما الاثنين من الإخوة فتحجب الأم من الثلث إلى السدس عند جمهور العلماء، وقد روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم: لا يحجبها من الثلث إلى السدس إلا ثلاثة لظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء:١١]، وأدنى الجمع المتفق عليه ثلاثة.

روي عن ابن عباس قال لعثمان: ليس الأخوان إخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الأم، فقال عثمان: لا أستطيع أن أرد شيئًا كان قبلي، وقضي في البلدان وتوارث الناس به.

وقول عثمان يدل على الإجماع أن للاثنين حكم الثلاثة، ولأنه تعالى قال ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَۚ﴾ [النساء:١٧٦] فكذلك للإخوة والأخوات، للمثنى حكم الجمع في الحجب والاستحقاق جميعًا.

ثم السدس الذي يحجبه الإخوة للأب في قول عامة الصحابة وعن ابن عباس في رواية شاذة أن ذلك للأخوة، روى طاووس مرسلًا أنه عليه الصلاة السلام أعطى الإخوة السدس مع الأبوين، ولأن من لا يرث لا يحجب، ولهذا لو كانوا كفارًا أو أرقاء لا يحجبون.

ولنا قول عثمان وأنه بمنزلة الإجماع، ولأن قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ معناه للأب ما بقي لأنه معطوف على قوله ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء:١١]، ثم المراد هنا للأب ما بقي، وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه، كذا قيل وفيه نوع تأمل.

وأما الخبر فقد روي عن طاوس قال: لقيت ابن رجل من الإخوة الذين أعطاهم رسول الله ﷺ السدس مع الأبوين فسألته عن ذلك، فقال: كان ذلك وصية، [٢/٥٤٦/ب] فعلم أنه غير وارث وإلا لا تصح الوصية للوارث.

وأما قوله: أن من لا يرث لا يحجب إلى آخره غير صحيح؛ لأن الأخ وارث في حق الأم، بخلاف الرقيق والكافر، والأصح عن ابن عباس رجوعه إلى قول الجماعة فإن مذهبه في الجد مع الإخوة كمذهب الصديق فإنهم لا يرثون معه فمع الأب أولى.

ثم إن الإخوة يحجبون الأم إلى السدس عند أكثر العلماء، وعن الزيدية من الرافضة لا يحجبون لأن عند وجود الإخوة والأخوات لأب وأم، أو لأب يكثر عيال الأب فيحتاج إلى زيادة الإنفاق عليهم، والأم لا تحتاج إلى ذلك إذ ليس عليها نفقتهم، وهذا المعنى لا يوجد في إخوة الأم؛ لأن نفقتهم على الأم فهي تحتاج إلى زيادة مال لأجلهم فلا يثبت الحجب.

وللعامة قوله تعالى ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾، واسم الإخوة حقيقة

للكل، وهذا حكم ثابت النص غير معقول المعنى ولهذا يحجبون الأم من الثلث إلى السدس بعد موت الأب ولا نفقة هاهنا.

والحالة الثانية: أن لها ثلث الكل عند عدم هؤلاء المذكورين لقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾.

والثالثة: لها ثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين مع الأب، وذلك في مسألتين زوج وأبوين، أو زوجة مع أبوين، وهو قول عمر، وعلي، وابن مسعود، وهكذا روي عن عثمان، وزيد بن ثابت وجمهور الفقهاء والأئمة الثلاثة.

وجعل ابن عباس لها ثلث الكل في المسألتين، وهو رواية عن علي، وحكي ذلك عن شريح، وبه قال داود، والشيعة لظاهر قوله ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ فقد جعل الله لها عند عدم الولد والإخوة الثلث، فمن جعل لها ثلث ما بقي خالف النص.

عن معاذ بن جبل لها ثلث ما بقي في فريضة الزوج، وثلث الكل في فريضة الزوجة، وبه قال ابن سيرين، وأبو بكر بن الأصم[1]، وأبو ثور؛ لأن مع الزوج لو أعطيناها ثلث الكل بقي للأب السدس فيكون فيه تعصيبا على الأب ومع الزوجة لو أعطيناها ثلث الكل أربعة من اثني عشر بقي للأب خمسة فلا يؤدي إلى التفضيل.

وللعامة قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ معناه: لها ثلث ما ورثه أبواه إذ لو لم يحمل على هذا صار قوله ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ فضلًا خاليًا عن الفائدة، وقد كان يحصل البيان بقوله ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء: ١١] كما قال ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَۖ﴾، وقال ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُۚ﴾، ولما قال هاهنا: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾ عرف أنه تعالى جعل لها ثلث ميراث الأبوين، وميراث الأبوين ما بقي بعد فرض أحد الزوجين فلا يلزم مخالفة النص، بل ثبت بالنص كما ذكرنا بلا فرق بين زوج وزوجة.

---

(١) كذا في الأصول الخطية، والصواب: أبو بكر الأصم، وهو عبد الله بن يزيد بن هرمز، الفقيه، وقيل: بل اسمه يزيد بن عبد الله بن هرمز.

ولأن الصحابة اتفقوا على التسوية فلا معنى للتفريق.

ولها مع الجد مكان الأب ثلث الكل عند عامة الصحابة والعلماء، وعن أبي يوسف لها ثلث الباقي كما في الأب، وهو رواية عن أبي بكر، وعن ابن مسعود في صورة الزوج لئلا يلزم تفضيل الأنثى على الذكر كما قلنا.

وقلنا: التفضيل إنما يجوز عند المساواة في القرب، ولا مساواة بين الأم والجد في القرب؛ لأن الأم تتصل بالميت بلا واسطة، والجد بواسطة، ولهذا يحرم عن الميراث مع وجوده بخلاف الأم فأعطيناها ثلث الكل بظاهر قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ كما قال ابن عباس في صورة الأب، إلا أنا تركنا ظاهر النص في صورة الأب بإجماع الصحابة ضرورة أن لا تصير الأم مفضلة على الأب في الميراث مع استوائهما في القرب، ولا إجماع في صورة الجد ولا ضرورة لعدم مساواته لها في الدرجة.

وفي مثل هذا يجوز تفضيل الأنثى على الذكر كما لو ترك امرأة وأختًا لأب وأم، وأخًا لأب، فللمرأة الربع وللأخت النصف، والباقي للأخ، وقد فضلنا الأنثى على الذكر لما كانت أقرب، كذا هنا، كذا ذكر شيخ الإسلام، والتمرتاشي.

[٢/٥٤٧/أ] ولأن الأم لها حقيقة الولادة، وللجد حكم الولادة فلم يعصبها فلا جرم استحقت فرضًا، والباقي للجد لأنها عصبة بخلاف الأب فإن له حقيقة الولادة فلا جرم عصبها، وفي العصبة لا تفضل الأنثى على الذكر.

والثانية: الجدة لأم أو لأب لها السدس عند عدم الأب بإجماع الصحابة والعلماء، وحكي عن ابن عباس رواية شاذة أنها بمنزلة الأم لأنها تدلي بها فقامت مقامها كالجد مقام الأب.

ولنا ما روى قبيصة بن ذوئيب: أن جدة جاءت إلى أبي بكر تطلب ميراثها، فقال أبو بكر: ما لك في كتاب الله شيء، وما أعلم لك في سنة رسول الله شيئًا، ولكن أرجع حتى أسأل، فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس، فقال أبو بكر: هل معك غيرك يشهد؟ فشهد له محمد بن مَسْلَمَةَ، فأمضى لها أبو بكر، ولما كان عمر جاءت الجدة الأخرى فقال: ما لك في كتاب الله شيء، وما كان القضاء الذي قضي في غيرك، وما أنا بزائد في

الفرائض شيئًا ولكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فهو لكما، وأيَّتكما خلت به فهو لها، رواه في الموطأ، وأبو داود، والترمذي وقال: حديث حسن صحيح(١).

وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرنا، ولكن الجد أنقص حالًا من الأم لما بين الأم والميت جزئية وبعضية ولا ولاد بينهما، وإذا كان كذلك فلا يجوز إلحاقها بالأم إلا بالنص ولم يوجد.

وفي الفرائض للجدّات الثابتات والمتحاذيات لأم أو لأب السدس يشركن في السدس، والمراد بالثابتات لم يكنّ أصحاب الفروض(٢)، ومن الساقطات أن يكن من ذوي الأرحام.

والفصل بين الثابتة والساقطة عند الجمهور أن كل جدة دخل في نسبتها إلى الميت أبٌ بين أُمَّين فهي ساقطة من أي جانب كانت، وكل جَدة لم يدخل في نسبتها إلى الميت أبٌ بين أُمَّين فهي ثابتة من أي جانب كانت، ويشركن في السدس بإجماع الصحابة والعلماء أيضًا.

وحكي عن داود أنه لا تورث أمُّ أمِّ أبِ الأبِ شيئًا لأنه لا يرثها فلا يورث هو لأنها غير مذكورة في الخبر.

وقلنا: أعطى النبي ﷺ ثلاث جدات، ومن ضرورته أن يكون فيها أمُّ أمِّ الأب أو من هي أعلى منها، وما ذكره داود قياس وهو لا يقول به، وأيضًا هو باطل بأمِّ الأمِّ فإنها ترثه ولا يرثها.

أما قوله: "ليست بمذكورة في الخبر" ينتقض بأُمِّ أمِّ الأُمِّ فإنها غير مذكورة، ومع ذلك [ترث](٣)، وروي عن سعد بن أبي وقاص أنه لا يورث أكثر من جدتين، وحكي ذلك أيضًا عن سليمان بن يسار، وطلحة بن عبد الله بن عوف، وربيعة بن هرمز، وابن أبي ذؤيب، ومالك، وأبي ثور، وداود، وبه قال الشافعي في القديم.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٣/ ٧٣٢ رقم ١٨٧١)، وأبو داود (٣/ ١٢١ رقم ٢٨٩٤)، والترمذي (٣/ ٤٩١ رقم ٢١٠١)، وابن ماجه (٢/ ٩٠٩ رقم ٢٧٢٤).
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
(٢) كذا بالأصل، وفي النسخة الثالثة: (والمراد بالتامات أن يكون أصحاب الفروض...).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

وروي عن علي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت أنه لا يرث أكثر من ثلاث جدات، وبه قال مسروق، والحسن، وقتادة، وأحمد، والأوزاعي، وإسحاق؛ لما روي أنه عليه الصلاة السلام ورَّث ثلاث جدات، ثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم، أخرجه أبو عبيد، والدارقطني[١].

وروي عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن إذا كن في درجة واحدة، إلا من أدلت بأب غير وارث كأُمِّ أبِ الأُمِّ، وبه قال عامة الصحابة، وابن سيرين، والثوري، والشافعي في رواية المزني عنه، والخرقي من أصحاب أحمد، وقولنا لأن الزائدة على الثلاث جدة أدلت بوارث فواجب أن ترث كإحدى الثلاث.

وما روى الدارقطني حكاية حال، ولا يدل على الحصر في الثلاث، وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لا ترث، وهي كل جدة أدلت بأبٍ بين أُمَّيْنِ كأُمِّ أبِ الأُمِّ إلا ما حكي عن ابن عباس، وجابر بن زيد، ومجاهد، وابن سيرين أنهم قالوا: ترث، وهو قول شاذ لا يعمل اليوم به، وهو غير صحيح.

ثم الأم تسقط كلهن بالإجماع، والأب الأبويات خاصة[٢]، يعني أم الأب لا ترث مع وجود الأب، وهو قول عثمان، وعلي، وزيد بن ثابت، وأُبَيْ بنُ كعبٍ، وسعد بن أبي وقاص، والشعبي، وطاوس، وهو مذهب أصحابنا، والشافعي، ومالك، وأحمد في رواية.

وقال أحمد في ظاهر مذهبه: ترث مع الأب، وبه قال شريح، وابن سيرين، والحسن، وجابر بن زيد، والعنبري، وإسحاق، وابن المنذر، [٢/ ٥٤٧/ ب] وكذا روي عن عمر، وابن مسعود، وأبي موسى الأشعري، وعمران بن حصين، وأبي الطفيل استدلالًا بما روى ابن مسعود أنه عليه الصلاة السلام أعطى الجدة السدس وابنها حيٌّ، أخرجه الترمذي[٣].

---

(١) أخرجه الدارقطني (٥/ ١٥٩ رقم ٤١٣١) عن عبد الرحمن بن يزيد قال: أعطى رسول الله ﷺ ثلاث جدات. . . .

قال البيهقي: حديث منقطع. "السنن الكبرى" (٦/ ٢٣٥))

(٢) وفي النسخة الثالثة: (والأب وأبوات خاصة).

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٤٩٢ رقم ٢١٠٢) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه. =

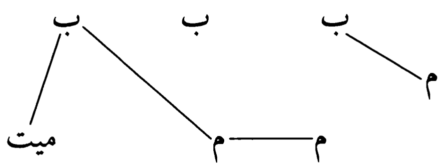
وقال ابن سيرين: أول جدّةٍ أطعمها رسول الله ﷺ السُّدُس أُمُّ أبٍ مع ابنها[١]، وروي أنه ﷺ أعطى أم حسكة السُّدُس وحسكة حيٌّ[٢]، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم لا ميراث الأب فلا يحجبن به كأمهات الأم.

وقلنا: إنها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الأب، وأمُّ الأمِّ مع الأُمِّ؛ لأن الميراث بحسب الإدلاء مع اتحاد [السبب][٣]، ولهذا ترث أم الأم مع الأب لانعدام الإدلاء واتحاد السبب، ولأن الأب يحجب أباه مع أنه ذكر باعتبار أنه يدلي به، فكذا يحجب من يدلي به إذا كان أنثى.

وتأويل حديث ابن مسعود أن ابنها يحتمل أن يكون رقيقًا أو كافرًا، على أنه قال: "أعطى الجدة السدس وابنها حيّ"، ولم يتبين أن ابنها أب الميت، والحديث حكاية حال لا عموم له، فإذا دار بين كونه حجة وغير حجة سقط الاحتجاج به.

وحديث حسكة ما ثبت مرفوعًا إلى النبي ﷺ، بل هو موقوف على عمر، ومذهبه عدم حجبه أمه، ولئن صح كونه مرفوعًا فتأويله والله أعلم أن أم حسكة يحتمل أن تكون مخصوصة، فإنه ﷺ خص بعض أصحابه بأشياء، ويحتمل أن يكون الميت أوصى بذلك، فإذا احتمل لا يبقى حجة لما ذكرنا.

وكذا بالجد تسقط الأبويات الأم لأب وإن علت فإنها ترث مع الجد؛ لأنها ليست من قبل الجد، وبه قال من قال بالأب يسقط الأبويات هذا إذا كان الجد أبا الأب، أما لو كان الجد أبا أب الأب فإنه يرث معه أبويتان؛ أمُّ أبِ الأبِ، وأمُّ أمِّ الأبِ بهذه الصورة:



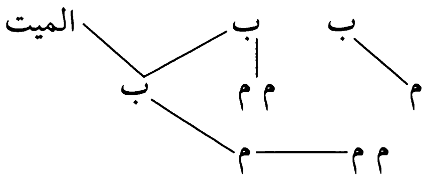
= قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه، وقد ورث بعض أصحاب النبي ﷺ الجدة مع ابنها ولم يورثها بعضهم.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١١/ ٣٣١ رقم ٣١٩٥٣).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١١/ ٣٣٢ رقم ٣١٩٥٤) عن عبيد الله بن حميد بن عبد الرحمن الحِمْيَرِيِّ، عن أبيه قال: مات ابن لحسكة الحنظلي وترك حسكة وأم حسكة، فكتب فيها أبو موسى إلى عمر بن الخطاب، فكتب إليه عمر: أنْ ورِّثها مع ابنها السدس.

(٣) غير واضحة بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

وهذا إذا كان الجد أبا أب أب الأب فإنه يرث معه أبويات ثلاث أم أب أب الأب، وأم أم أب الأب، وأم أم أم الأب بهذه الصورة:



والأصل في هذا أنه ينظر إن كان هذا الجد من الميت بدرجة واحدة يرث معه أبوية واحدة، وإن كان معه بدرجتين ترث أبويتان، وإن كان بعده بثلاث درجات ترث معه ثلاث أبويات، وإن كان بأربع درجات ترث معه أربع أبويات، وكلما ازداد عنده بدرجة ازداد توريث أبوية.

والقربى تحجب البعدى وإن كانت من جهتين في قول عامة العلماء إلا ما روي عن ابن مسعود، ويحيى بن آدم، وشريك فالميراث بينهما؛ لأن الاستحقاق باسم الجدودة شرعًا، والقربى والبُعدَى فيه سواء إلا أن تكون البُعدَى أمّ القُربَى أو جَدَّتها فإنها حينئذ تحجب بالقربى؛ لأنها تدلي بها كالجدة أم الأب مع الأب.

والقربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب عند عامتهم.

أما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم؟ فعندنا تحجب، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية، وأهل العراق، وهو قول علي رضي الله عنه، ورواية عن زيد.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية، ومالك، والأوزاعي، وزيد في رواية: لا تحجب، والسدس بينهما؛ لأن القربى إذا كانت من جهة الأم يظهر الترجيح في جانبها من وجهين؛ زيادة القرب، وزيادة صفة الأمومة فهي أولى أما إذا كانت القربى من جهة الأب فلها ترجيح من وجه وهو زيادة القرب، وللتي من قبل الأم ترجيح من وجه وهو زيادة ظهور صفة الأمومة فاستويا فيكون الميراث بينهما.

ولنا أن الجدة ترث باعتبار الأمومة إذ هي الأصل، والمعنى الأصلي في

القربى أظهر منه في البعدى من أي جانب كانت القربى؛ لأنها أصل أصل الميت[١]، فإذا كان كذلك تحجب القربى البعدى كما في الآباء والأبناء [٢/ ٥٤٨/أ] والإخوة والبنات.

ثم القربى تحجب البعدى عندنا سواء كانت وارثة أو لا، فإن أمَّ الأبِ مع الأبِ محجوبة، وتحجب أمُّ الأمِّ المال كله للأب؛ لأن القربى محجوبة بالأب، وقال الحسن بن زياد: عَلَى قياس قول عليّ، ميراث الجدات لأمِّ أمِّ الأمِّ وإن كانت أبعد من أمِّ الأبِ؛ لأن على قول عليٍّ: القربى إنما تحجب البعدى إذا كانت وارثة، أما إذا كانت [غير][٢] وارثة لا تحجب كما لو كانت محرومة بِرقٍّ أو كفرٍ.

وعندنا المحجوب يحجب، والمحروم لا يحجب، ولأن المحروم ليس بأهل للميراث من كل وجه فيجعل كالميت في حق استحقاق الميراث والحجب، أما المحجوب فإنه أهل للميراث من وجه دون وجه فيجعل كالميت في حق استحقاق الميراث، وكالحي في استحقاق الحجب فيحجب غيره.

وإذا كانت جدة ذات قرابة والأخرى ذات قرابتين أو أكثر فعند أبي يوسف لا عبرة لكثرة الجهة ويكون السدس بينهما نصفين، وبه قال الشافعي، ومالك، والثوري.

وقال محمد، والحسن بن زيد، وزفر: السدس بينهما أثلاثًا باعتبار الجهات، وبه قال أحمد، والحسن بن صالح، ويحيى بن آدم، وبعض أصحاب الشافعي.

وقال شمس الأئمة السرخسي: لا رواية عن أبي حنيفة فيه، ولكن ذكر في كتاب أصحاب الشافعي قوله مع أبي يوسف.

وجه قول محمد أن الاستحقاق باعتبار الأسباب لا باعتبار الأشخاص، ولهذا جعل الكافر والرقيق كالمعدوم في الاستحقاق باعتبار عدم الأسباب لا باعتبار عدم الأشخاص، فإذا كان كذلك فمن اجتمع في حقه سببان - وهو شخص واحد صورةً ولكن في الحكم متعدد باعتبار تعدد السبب - فيثبت له الاستحقاق باعتبار كل سبب.

---

(١) في الأصل: (أصل أصل الميت والأخرى...). بزيادة (والأخرى)، وليس لها وجه.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

ونظيره ما لو ترك ابنَيْ عَمٍّ أحدهما أخٌ لأمٍّ فإنه يأخذ السدس بالفرضية، والباقي بينهما بالعصوبة، وكذلك المجوسي لو ترك أمة وهي أخته لأبيه فإنها ترث بالسببين جميعًا، وكذا الأب مع البنت تأخذ السدس بالفرضية والباقي بالعصوبة.

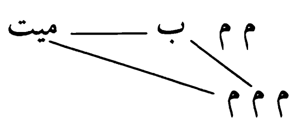
وجه قول أبي يوسف أن الاستحقاق للجدات ليس باعتبار الإدلاء إذ الإدلاء بالإناث يؤثر في استحقاق الفريضة بمثل سبب المدلى به، ولكن الاستحقاق باسم الجدة وبتعدد الجهة لا بتعدد اسم الجدة؛ لما أن التي لها قرابتان أو قرابات يقال لها: جدة، كما في التي لها قرابة واحدة، بخلاف ابن عم نحو أخٍ لأمٍّ فإن هناك يتعدد الاسم بتعدد الجهة، فجهة الأُخوّة عند جهة العمومة فاختلفت جهة الاستحقاق.

أما هاهنا كل جهة سبب للاستحقاق وعلة تامة في الاستحقاق، وبتعدد العلة لا يزداد الاستحقاق، كما لو أقام رجلين شاهدين، وأقام آخر عشرًا من الشهود فإنه يستوي بينهما، وكذا من جرح رجلًا عشرًا والآخر واحدًا فمات من ذلك فالدية بينهما نصفان.

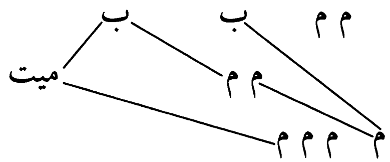
فإن قيل: يعتبر الإدلاء في الحجب بالاتفاق فينبغي أن يعتبر في الميراث.

قلنا: حكم الحجب غير حكم الميراث، والاستدلال بحكم على حكم إنما يجوز إذا عرفت المساواة بينهما، بخلاف ما استشهد به فإن هناك كل واحد من السببين معتبر في الاستحقاق، فالأخوة في الفريضة، والعمومة في العصوبة، وكذا في أختيّة، فجعلنا الاستحقاق مبنيًّا على السبب بخلاف ما نحن فيه، كذا في شرح السرخسي.

وصورة المسألة: امرأة لها بنتٌ، ولبنتها بنتٌ، ولها ابنٌ، ولابنها ابنٌ، وأمّ امرأةٍ وهي أمُّ أمِّ ابنِهِ فزوَّجت بنتَ بنتِها من ابنِ ابنِها فولد بينهما ولدٌ، فهي أمُّ الأمِّ لهذا الولد من قبل بنتها، وأمُّ أبِ الأبِ لهذا الولد من قبل أبيها، وأمُّ امرأة ابنها أمُّ أمِّ الأبِ لهذا الولد، بهذه الصورة:



ولو زوجت هذه المرأة ابنَ بنتِها بنتَ بنتِها فولد بينهما ولد فهي أمُّ أمِّ أمِّهِ، وأمُّ أمِّ أبيه، وإن أدلت الجدة بثلاث جهات ترث لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يُوَرّث أكثر من ثلاث، وعندنا يمكن كأم أم أب الأب، وأم أم أم، وهي أيضًا أم أم أم الأب، وهو أيضًا أم أب الأب، بهذه الصورة:



فعند محمد [٢/ ٥٤٨/ ب] لذات الجهة الواحدة ربع السدس، ولذات الجهات الثلاث ثلاثة أرباع السدس، وعند أبي يوسف بينهما نصفان.

وصورتها: أن يكون للزوجة الأولى بنت بنت أخرى والمولود ذكر، فزوجت بنت بنت بنتها من هذا الولد فولد بينهما ولد فتلك الزوجة جدة لهذا المولود الثاني بثلاث قرابات الثالثة البنت، [وللواحدة][١] النصف، وللبنتين أو أكثر الثلثان.

أجمع أهل العلم على أن [فرض][٢] الاثنتين الثلثان إلا رواية شاذة عن ابن عباس أن لها النصف كواحدة لقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَۖ﴾ [النساء: ١١]، فمفهومه أن ما دون الثلاث لا يكون لها الثلثان، ولأن ميراث الواحدة منصوص، وميراث الثلاث منصوص فاعتبارهما بالواحدة أولى؛ لأن في اعتبارهما بالثلاث اعتبار شرط منصوص عليه وهو أن يكون الباقون اثنتين، وإشارة قوله تعالى: ﴿فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء: ١٧٦] يدل عليه، فإن من ترك ابنًا وبنتين فلهما النصف.

والصحيح قول الجماعة؛ لأنه ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع: «أَعْطِ ابنَتَيْ سَعدٍ الثُّلُثَينِ»[٣]، ولأنه تعالى قال في الأخوات: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ

---

(١) كذا بالأصل، وفي النسخة الثالثة: (البنت الواحدة).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ١٢١ رقم ٢٨٩١)، والترمذي (٣/ ٤٨٥ رقم ٢٠٩٢)، وأحمد (٣/ ٣٥٢ رقم ١٤٨٤٠)، والحاكم (٤/ ٣٣٤ رقم ٧٩٥٤) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما. =

﴿مِمَّا تَرَكَ﴾ فبدلالته يثبت للبنتين الثلثان لأنهما أقرب منهما، ولأن قوله تعالى: ﴿فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ يدل على ذلك لأن أدنى الاحتياط أن يجتمع ابن وبنت، وللابن هنا الثلثان بالاتفاق، فعرفنا أن حظ البنتين الثلثان، وكان ما أمر النبي ﷺ لأخي سعد تفسير الآية.

وإنما قال: ﴿فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ﴾ وإن كان حكم الاثنتين كذلك دفعًا لوهم من يتوهم أن بزيادة بنت واحدة زاد سدس، فكلما ازدادت بنت يزداد سدس حتى يستوفى جميع المال فقال حكم فوق الاثنتين كذلك وهو الثلثان، كذا قيل.

وعلم بتفسير النبي ﷺ أن كلمة فوق صلة كما في قوله: ﴿فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال:١٢]، أي: اضربوا الأعناق، ولهذا قال جميع الصحابة به إلا ابن عباس كما ذكرنا.

وقيل: في الآية تقديم وتأخير، أي: اثنتين فما فوقهما، وكما في قول الشاعر[(١)]:

فَمَنْ يَكُ أَمْسَى بِالمدينةِ رَحْلُهُ فَإِنِّي وَقَيَّارٌ بِهَا لَغَرِيبُ

أي: إني بها لغريب وقيار كذلك.

وقلنا: من انتفاء الشرط لا يلزم انتفاء الحكم، بل يمكن أن يثبت الحكم بدليل آخر وقد ثبت هنا بما ذكرنا.

وأما اعتبارهما بالواحدة فقلنا: اعتبارهما بالثلاث أولى؛ لأن بينهما معنى الجمعية والعددية، ولهذا جعل للاثنين حكم الثلاث في كثير من المواضع، أما الواحدة ليست بجمع ولا عدد، ألا ترى أن شهادة الاثنين تقبل كشهادة الثلاث دون شهادة الواحد، وأما قوله ومع الابن: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١] إلى آخره.

= قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(١) البيت من الطويل لضابىء بن الحارث البرجمي في الأصمعيّات (ص ١٨٤)، والكتاب (١/ ٧٥)، والإنصاف (ص ٩٤)، وتخليص الشواهد (ص ٣٨٥)، وخزانة الأدب (٩/ ٣٢٦، ١٠/ ٣١٢، ٣١٣، ٣٢٠)، والدرر (٦/ ١٨٢)، وشرح أبيات سيبويه (١/ ٣٦٩)، وشرح التصريح (١/ ٢٢٨)، وشرح شواهد المغني (ص ٨٦٧)، والشعر والشعراء (ص ٣٥٨)، ولسان العرب (٥/ ١٢٥) (قير).

وقلنا: هذا بيان أن الابن يعصبهن، وبيان لنصيب الابن ولم يقدر نصيب البنات عند الاجتماع، والرابعة بنات الابن هن كالصلبيات عند عدمهن، ولهن السدس مع صلبية واحدة تكملة للثلثين، كذا الحديث.

ولا يرثن مع الصلبيتين أو أكثر إلا أن يكون بإزائهن أو أسفل منهن ذكر تعصيبهن فجعل الباقي بينهم ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾، وهو قول علي، وزيد، وعامة الصحابة، والأئمة الثلاثة، وجمهور الفقهاء.

وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن الباقي للذكر دون أخواته، وقد خالف الصحابة، وهو قول أبي ثور.

ووجه قوله أنه تعالى اعتبر في ميراث البنات أحد الحكمين إما الثلثان للاثنتين بقوله: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ﴾، وإما القسمة حالة الاختلاط بالذكر لقوله: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾، ولو جعلنا الباقي ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾ لزم الجمع بين الحكمين في حالة واحدة وهو متعذر، أما أثبتنا الاستحقاق للذكور بقوله ﷺ: «**ما أبقَتْهُ الفرائضُ فلأوْلَى رجُلٍ ذكرٍ**»(١)، ولأنه تعالى جعل للبنات الثلثين وإن كثرن، فلو قلنا إن الباقي بعد الثلثين بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لزاد حق البنات على الثلثين، ولا يجوز ذلك؛ لأنه ﷺ قال: «**لا تُزادُ البناتُ علَى الثُّلثينِ وإنْ كَثُرْنَ**»، ولأن الأنثى إنما تصير عصبة بالذكر إذا كانت صاحبة فرض عند الانفراد كالأخوات والبنات، فإذا لم تكن صاحبة فرض فلم تصر عصبة بالذكر كبنات الإخوة مع بني الإخوة، وبنات العم مع بني العم.

وللعامة عموم قوله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾ [النساء:١١] فإن بنات الابن [٢/٥٤٩/أ] عند عدم الصلبية في الاستحقاق كبنات الصلب بالإجماع وهاهنا لما أخذت بنات الصلب الثلثين خرجن من البين، وصار فيما بقي كأنه ليس هناك بنت فيكون الحكم فيما بقي كالحكم في الجميع إذا لم يكن هناك بنات الصلب، وبهذا تبين أن لا يجمع بين الحكمين في محل واحد، بل في كل محل أحد الحكمين.

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ١٥٠ رقم ٦٧٣٢)، ومسلم (٢/ ١٢٣٣ رقم ١٦١٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

ألا ترى أن الذكر من أولاد الابن يعصب الأنثى في درجته في حكم الحرمان ففيما إذا ترك مع الزوج أبوين وبنتًا، أو بنت ابن فلبنت الابن السدس، ولو كان مع بنت الابن ابن الابن في هذه الصورة لم يكن لها شيء لأنها تصير عصبة به، ولما كان يعصبها في الحرمان فلأن يعصبها في حكم الاستحقاق كان أولى؛ لأن التعصيب في الأصل الاستحقاق لا الحرمان.

وأما الآية والحديث فنقول: إنما يزيد حق البنات على الثلثين إذا كان يضم ما أصاب بنت الابن إلى نصيب الصلبيتين، ولا يضم إلى ذلك، بل هما مستحقتان بالفرض، وابنة الابن بالتعصيب لا بالفرض وهما سببان مختلفان.

وأما قوله: (**بنت الابن لم تكن مستحقة لشيء عند الانفراد فلم تصر عصبة به**) ممنوع فإنها مستحقة عند صلبية واحدة، وعند الصلبيتين تصير محجوبة باعتبار استكمال البنات الثلثين فتصير عصبة مع ذكرها، ولا كذلك العمة مع العم، وبنات الإخوة مع بني الإخوة لأنهم [من][1] ذوي الأرحام، هذا إذا كان الثلاثة بحذائهن.

أما إذا كان أسفل منهن فظاهر المذهب عندنا، والأئمة الثلاثة وأكثر العلماء أن الحكم كذلك فيعصب من فوقه من البنات بشرط أن لا يكنَّ ذوات فرض، ويسقط من أنزل منهن.

وقال بعض المتأخرين: الباقي خاصة هاهنا، وهو قول أبي بكر الأم لأب الأنثى إنما تصير عصبة بذكر في درجتها لا بذكر هو دونها في [الدرجة][2].

ألا ترى أن البنت لا تصير عصبة بابن الابن إذا ترك بنتًا واحدة صلبية وبنت ابن وابن ابن ابن، فإن بنت الابن لا تصير عصبة بابن ابن الابن فكذلك مع البنتين لما أن ذكرًا لو بعد بدرجة، أو جعل البنت التي هي أقرب منه بدرجة عصبة صار الذكر محرومًا؛ لأن في ميراث العصبات الأقرب مقدم على الأبعد ذكرًا كان أو أنثى.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (الذخيرة)، والمثبت من النسخة الثالثة.

ألا ترى أن الأخت لما صارت عصبة مع البنت كان الباقي لها دون ابن الأخ، وإذا صار محرومًا لا يعصب أحدًا.

وجه قول العامة أن هذه الأنثى لو كانت في درجة الذكر كانت عصبة معه، فإذا كانت أقرب منه بدرجة كان أولى؛ لأن تأثير القرب في قوة سبب الاستحقاق لا في الحرمان، وفي هذا بيان أن التعصيب كان لمعنى النظر للأنثى فلا يتحقق ذلك في ابنة الصلب مع ابن الابن؛ لأن بالتعصيب هناك ينتقص حقها؛ لأنه يصير المال بينهما ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، فنصيب البنت الثلث، وبدون التعصيب حقها النصف.

وكذا حق ابنة الابن مع ابنة الصلب فإن التعصيب هناك بابن ابن الابن لا يزداد نصيبها بحال، وقد يؤدي إلى حرمانها في بعض الأحوال؛ لأن الصلبية إذا كانت واحدة فحق بنت الابن معها السدس بدون التعصيب، ولو صارت عصبة لا يزداد نصيبها فإن الباقي من النصف وهو النصف يقسم بينهما ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، سهم لبنت الابن، وسهمان لابن ابن الابن كما في غير حالة التعصيب.

فأما التعصيب هاهنا توفير المنفعة على بنت الابن باعتبار زيادة القرب.

يوضحه أن من كانت في درجة الذكور من الإناث هاهنا تستحق شيئًا، فالقول بأن الأبعد من البنات يستحق، والأقرب يصير محرومًا فشبه المحال فلا يصار إليه، كذا في شرح السرخسي.

صورة المسألة: ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض، وذلك إذا كان لابن الميت ابن وبنت، ولابن ابنه ابن وبنت، ولابن ابنه ابنة ابن وبنت، فمات البنون وبقي البنات، فكذا ثلاث بنات ابن ابن، وكذا ثلاث بنات ابن ابن ابن على هذه الصورة:

مـــــــــــيـــــــــــت

الفريق الأول	الفريق الثاني	الفريق الثالث
ابن	ابن	ابن
ابن بنت ص	ابن	ابن
ابن بنت ع	ابن بنت م	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
	ابن بنت	ابن بنت
		ابن بنت س

[٢/٥٤٩/أ] فالعليا من الفريق الأول ليس في موازاتها أحد، والوسطى (ع) من الفريق الأول يوازيها العليا (م) من الفريق الثاني، والسفلى من الفريق الثاني يوازيها الوسطى من الفريق الثالث، والسفلى من الفريق الثالث لا يوازيها أحد.

فللعليا من الفريق الأول النصف، وللوسطى من الفريق الأول والعليا من الفريق الثاني السدس تكملة ثلثين لاستوائهما في الدرجة، ولا شيء للباقيات، فإن كان مع العليا من الفريق الأول غلام فالمال بينه وبينهما ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾، وسقط الباقيات، وإن كان مع الوسطى من الفريق الأول فالنصف للعليا من الفريق الأول والباقي بين الغلام وبين من في درجته ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾ الآية.

فإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الأول والباقي الأول والسدس للوسطى منه مع من يوازيها تكملة الثلثين، والباقي بين الغلام وبين من يوازيه للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون أصل المسألة من ستة.

فالنصف مستقيم على العليا، والسدس لا يستقيم على الوسطى مع من يوازيها فأخذنا جميع عدد رؤوسها، والباقي سهمان ولا يستقيمان على خمسة ولا موافقة، بقي رؤوس الموقوفة اثنان وخمسة، فاضرب الاثنين في الخمسة.

ثم المبلغ في أصل المسألة يبلغ ستين فبها تصح المسألة، وكذا إن كان الغلام مع الوسطى من الفريق الثاني، أو العليا من الفريق الثالث ويخرج الباقي

كما عرف في مسألة التصحيح ويسقط الباقيات.

وإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني فالنصف للعليا من الفريق الأول والسدس للوسطى منه ولمن يوازيها، والباقي بين الغلام وبين من يوازيه وهو أعلى منه ممن لا فرض [له](١) ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ ويسقط الباقيات.

وعلى هذا الأصل أن بنت الابن تصير عصبة بابن الابن سواء كان في درجتها أو أسفل منها إذا لم تكن صاحبة فرض؛ لأن الجارية التي توازي الغلام إنما ترث بسببه بعد استكمال الصلبيات الثلثين؛ لأنها لولاه لما ورثت فلأن ترث بسببه جارية أقرب منه إلى الميت كان أولى.

أما صاحبة الفرض فقد استقلت(٢) بفرضها فلا تصير تابعة لمن هو دونها في الدرجة في الاستحقاق، ولا يعلم فيه خلاف في هذا بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين، وسميت هذه المسألة مسألة التشبيب أخذًا من تشبيب الشاعر القصيدة وهو تحسينها وتزيينها بذكر التشبيب في أولها، ويشحذ خاطر السامع، ثم يتخلص من ذلك إلى مدح ممدوحه فيكون ذلك ألذ للسامع، فكذا هذه المسألة تشحذ الخاطر ويتلذذ السامع في استماعها.

أو أخذًا من قولهم: شبب النار، إذا أوقدها، سميت بذلك لأن في استخراجها تذكية للخواطر.

أو أخذًا من شباب الفرس؛ لأنه خروج وارتفاع من درجة إلى درجة كحال الفرس في نزواته.

ويسقطن بنات الابن كلهن بالابن الصلبي، وكذا بنو الابن يسقطون بالصلبي، الخامسة الأخوات لأب وأم، وهن كالبنات عند عدمهن، فللواحدة النصف، وللأكثر الثلثان بالنص، قال تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء:١٧٦]، وقال تعالى: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾، ولا خلاف لأحد فيه.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (اسفلت)، والمثبت من النسخة الثالثة.

وتتعصب بأخيها أو بالبنت أو بنت الابن لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، ولقوله ﷺ: «**اِجْعَلوا الأخواتِ مع البناتِ عَصَبَةً**»(١)، وهذا قول الصحابة وجميع الفقهاء.

وقد روي عن ابن عباس ومن تبعه أن الأخوات لا يصرن عصبة مع البنات، فقال في بنت وأخت: للبنت النصف، ولا شيء للأخت، قيل له: إن عمر قضى بخلاف ذلك حيث جعل الباقي للأخت فغضب، وقال: أنتم أعلم أم الله، يريد قوله: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌاْ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ﴾.

قال الزهري: مراده أنه تعالى جعل للأخت النصف بشرط عدم الولد، وأنتم تجعلون لها النصف مع الولد، فإن اسم الولد حقيقة للذكر والأنثى، ولأن الأخت لو ورثت مع البنت فإما أن ترث بالفرض أو بالتعصيب، ولا يجوز أن ترث بالفرض لأنه تعالى علّق توريثها بالفرض على عدم الولد، وهاهنا ولد.

ولا يجوز بالتعصيب أيضًا لأنها لا تكون عصبة بنفسها؛ لأنها أنثى والعصبة من يكون ذكرًا، ولا يجوز أن تصير عصبة بالابنة لأن الابنة ليست بعصبة بنفسها [٢/ ٥٥٠/أ] فكيف تعصبها.

وقلنا: المراد بالولد في الآية الابن بدليل ما عطف عليه من قوله: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ فإن المراد هناك الابن بالاتفاق، حتى إن الأخ يرث بالابنة.

وعلى قياس قول ابن عباس ينبغي أن يسقط الأخ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها، وقوله ﷺ: «**اِجْعلُوا الأخواتِ معَ البناتِ عَصَبَةً**» مُبيِّنًا لكلام الله تعالى مع أن في الآية تعليق توريث الأخت بالفرض بعدم الولد، وبه نقول، وليس فيها تعليق توريث الأخت بالعصوبة بل مسكوت عنه فيكون موقوفًا على قيام الدليل عليه وقد قام.

وأما قوله: (**لا يجوز أن ترث بالتعصيب**) إلى آخره، فقلنا: إنها صارت

(١) أخرجه الدارمي (٤/ ١٨٩٩ رقم ٢٩٢٣) عن خَارِجَة بن زيد: أن زيد بن ثابت كان يجعل الأخوات مع البنات عصبة، لا يجعل لهن إلا ما بقي. موقوفًا.

عصبة بنفسها بقرابة الأب[١] ضرورة أن الأقرب ولد الجد مع وجود ولد الأب، إليه أشار شمس الأئمة، وشيخ الإسلام في شرحيهما.

السادسة: الأخوات لأب، وهن كالأخوات لأب وأم عند عدمهن لما عرف من النصوص في الأخوات لأب وأم، ولهن السدس مع الأخت الواحدة لأب وأم تكملة للثلثين؛ لأن حق الأخوات الثلثان، وقد أخذت الواحدة النصف فبقي سدس إلى تمام الثلثين، ولا ترث مع الأختين لأب وأم لأنه كمل الثلثان، إلا أن يكون معهن أخ لأب فيعصبهن، والباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وهو قول عامة الصحابة والفقهاء خلافًا لابن مسعود لما روينا من النصوص في الجانبين في بنات الابن مع بنات الصلب، لأن ميراث الإخوة والأخوات أجري مجرى ميراث أولاد الصلب، وميراث الإخوة والأخوات لأب أجري مجرى ميراث أولاد الابن، ذكورهم مقام ذكورهم، وإناثهم مقام إناثهم، ويصرن عصبة مع البنات أو بنات الابن خلافًا لابن عباس كما ذكرنا في الأخوات لأب وأم.

ثم بنو الأعيان والعَلّات كلهم ذكرهم وأنثاهم يسقطون بالابن، أو ابنه وإن سفل[٢]، وبالأب بإجماع أهل العلم لما مر أن شرط توريثهم عدم الابن في الآية.

وأما سقوطهم بالجد عند أبي حنيفة، وهو قول أبي بكر وسيأتيك في فصل مقاسمة الجد، وسَمُّوا الإخوة والأخوات لأب وأم: بني[٣] الأعيان؛ لأن عين الشيء أتمُّ ما يكون منه، وتمام الاتصال من الجانبين في حقهم.

وقيل: سُمُّوا بذلك لأن العين خيار الشيء، فعلى كلا التقديرين الإضافة إضافة بيان عند البصريين فإنهم لا يجوزون إضافة الموصوف إلى الصفة خلافًا للكوفيين، وسموا الأخوات والإخوة لأب بني العلات؛ لأن العلة الضرورة يعني أنهم لأب واحد وأمهات شتى، قال عليه السلام: «**الأنبياءُ بَنُو عَلَّاتٍ** - يعني أمهاتهم مختلفة - **ودينُهم واحِدٌ**»[٤]، ثم بنو العلات يسقطون ببني الأعيان أيضًا كما ذكرنا أن ميراثهم مع بني الأعيان أجري مجرى ميراث أولاد الابن مع

(١) في الأصل: (الا)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (سفلن)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) في الأصل: (بنو)، والمثبت الصواب.
(٤) أخرجه البخاري (٤/ ١٦٧ رقم ٣٤٤٣)، ومسلم (٤/ ١٨٣٧ رقم ٢٣٦٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

أولاد الصلب.

السابعة: الأخوات لأم، وقد ذكرنا حكمهن(١) في الإخوة لأم(٢).

الثامنة: الزوجة، ولها نصف ما للزوج في الحالين، وقد مر في الزوج.

فصل في العصبات

هي جمع عصبة، والعصبة لغة: قرابة الرجل لأبيه، وكأنها جمع عاصب وإن [لم](٣) يسمع به من عصب القوم بفلان إذا أحاطوا حوله، ثم سمي [به](٤) الواحد والجمع والمذكر والمؤنث للغلبة.

وقالوا في مصدرها: العصوبة، والذكر يعصب الأنثى أي: يجعلها عصبة، كذا في المُغرِب.

وفي الصحاح: العصبة واحدة العصب والأعصاب، وهي أطناب المفاصل، وعصبة الرجل بنوه وقرابته لأبيه، وإنما سموا عصبة؛ لأنهم عصبوا أي: أحاطوا به، فالأب طرف، والابن طرف، والعم جانب، والأخ جانب، والجمع العصبات.

العصبة نوعان: نسبيَّة، وسببية.

فالنسبية ثلاثة أنواع: عصبة بنفسه، وعصبة بغيره، وعصبة مع غيره.

أما الأول: فكل ذكر لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى، وهم أربعة أصناف:

جزء الميت أي: البنون ثم بنوهم وإن سفلوا.

ثم أصل الميت أي: الأب يقدم الأقرب على الأبعد، فالجزء أقرب من الأب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌۚ﴾ [النساء:١١] قدم الابن على الأب في التعصيب؛ فيقدم على من بعده بالطريق الأولى، ثم ابن الابن وإن سفل؛ لتناول اسم الولد إياهم.

---

(١) في الأصل: (حكمين)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (لامه)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

وروي عن أبي بكر وعلي [٢/ ٥٥٠/ب] وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت أنهم قالوا: أقرب العصبات الابن، ثم ابن الابن، ولا يقال: إن[١] الأب أقرب من ابن الابن [فيحجب تقديمه][٢] عليه؛ لأنا نقول: وإن كان أقرب إلا أن الأب صاحب فرض مع الابن وبنيه، والاعتبار في الترجيح [للاستحقاق][٣] بجهة التعصيب لا بالفرض.

ألا ترى أن ابن الأخ لأب يرث مع الأخت لأبوين وإن كانت هي أقرب وأقوى جهة لاختلاف جهتي الاستحقاق، ثم الجد الصحيح والأب وإن علا وفيه خلاف يأتي في فصل المقاسمة.

ثم جزء أبيه أي: الإخوة لأب وأم، ثم لأب، ثم بنوهم وإن سفلوا.

ثم جزء جده أي: الأعمام لأب وأم، ثم هذا الترتيب فيرتبون في الميراث كذلك، وكذلك في ولاية النكاح، وإذا اجتمعت العصبات يقدم في الإرث بقربهم؛ لقوله ﷺ: «**فَلِأَوْلَى**[٤] عَصَبةٍ ذَكَرٍ».

ولأن العلة في إرثه إنما هي القرب، والعلة في الأقرب أكمل؛ فيقدم كما في النكاح.

وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه الصلاة والسلام جعل المال للأخ لأب وأم، ثم للأخ لأب، ثم لابن الأخ لأب وأم، ثم لابن الأخ لأب، وساق ذلك في العمومة، ومن كان منهم لأبوين فهو أولى ممن كان لأب؛ لقوة قرابته، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**إنَّ أعيانَ بَنِي الأبِ والأمِّ يَتوارَثونَ دونَ بَنِي العَلَّاتِ**»، ولا يعلم فيه خلاف.

ولهذا جعلت الأخت لأب وأم إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن أولى من الأخ لأب، خلافًا لابن عباس وقد مر.

وأما الثاني: وهو العصبة بغيره بأربع من النساء اللاتي فرضهن النصف والثلثان، إحداهن البنت، والثانية بنت الابن، والثالثة الأخت لأب وأم،

---

(١) في الأصل: (ابن) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٤) في الأصل: (فلادلى) والمثبت من النسخة الثالثة.

والرابعة الأخت لأب كما ذكرنا؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء:١١] الآية.

وأما الأخوات فلقوله ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ﴾ كما ذكرنا، ثم اعلم أنه لا يشارك أحدٌ من العصبات أحدًا من أهل الفرض في فرضهم إلا بنو الأعيان، فإنهم يشاركون لبني الأخياف في ثلثهم في المشركة، وهي زوج وأم، أو جدة واثنان من ولد الأم، وبنو الأعيان واحدًا كان أو أكثر، فللزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، وللاثنين من ولد الأم الثلث، ولم يبق شيء لبني الأعيان؛ لأنهم عصبة، ولم يشارك لبني الأخياف في الثلث، وما بقي لهم عندنا وأحمد، وهو قول علي، وابن مسعود، وابن عباس، وأُبَيّ بن كعب، وأبِي موسى الأشعري، والشعبي، والعنبري، وشريك، ويحيى بن آدم، ونعيم بن حماد، وأبي ثور، وابن المنذر.

وقال الشافعي ومالك: يشاركهم في الثلث، فقسموه بينهم بالسوية ﴿لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾، وهكذا عن عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت، وشريح، وابن سيرين، وإسحاق؛ لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها؛ فيجب أن يساووهم في الميراث، فإنهم جميعًا من ولد الأم، وقرابتهم من جهة الأب إن لم يزددهم قربًا واستحقاقًا فلا ينبغي أن يسقطهم.

ولهذا قال بعض الصحابة أو بعض ولد الأبوين لعمر: يا أمير المؤمنين، هب أن أباهم كان حمارًا فهم من أم واحد[ة].

وحرره بعض(١) أصحاب الشافعي فيها قياسًا، فقال: فريضة جمعت ولد الأبوين وولد الأم، وهم من أهل الميراث، فإذا ورث ولد الأم وجب أن يرث ولد الأبوين، كما [لو](٢) لم يكن فيها زوج.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٞ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمۡرَأَةٞ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٞ فَلِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء:١٢]، ولا خلاف أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص، فمن

---

(١) في الأصل: (وحرر بعضهم) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) مثبتة من النسخة الثالثة.

شرك بينهم لم يعط كل واحد منهما حقه، كان مخالفًا لظاهر النص وقوله ﷺ: «**ألحقوا الفرائض بأهلها**».

ولأن ولد الأبوين عصبة لا فرض لهم، وقد تم المال بالفروض، فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الأم ابنتان، ولأن الإجماع منعقد على أنه لو كان في هذه المسألة واحد من ولد الأم ومائة من ولد الأبوين لكان للواحد السدس، وللمائة السدس الباقي، فإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم يجز للاثنين إسقاطهم.

وأما قولهم: تساووا في قرابة الأم فتساووا في الميراث منتقض بما قلنا الآن في مسألة الواحد من ولد الأم، على أنا [٢/ ٥٥١/أ] نقول نعم تساوَوا في قرابة الأم لكن فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض، فالشرع ورد بتقديم ذوي الفروض على العصبة كما قلنا في مسألة الواحد من ولد الأم.

وما ذكره من القياس طردي لا معنى تحته، قيل: القياس ما قال عليّ، والاستحسان ما قال عمر.

قلنا: هذا استحسان مخالف للآية والحديث كما قلنا، والعجب من الشافعي أنه قال: من استحسن فقد شَرَّع، وقد عمل به مع كونه مخالفًا للكتاب والسنة، ويلزمهم في زوج وأخت من أبوين وأخت من أب مع أخيها أن الأخ يسقط وحده وترث أخته السُّبُعَ؛ لأن قرابتها مع وجود أخيها كقرابتها مع عدمه، وهو لم يحجبها فهلَّا عدُّوه حمارًا أو ورَّثوها معه كميراثها مع عدمه، وسميت حمارية ومشركة لما ذكرنا.

هب أبانا أنه حمار، ومن لا فرض له من الإناث لا تتعصب مع أخيها كالعمة مع العم، فالمال كله للعم، وكذا ابن العم مع بنت العم، وبنت الأخ مع ابن الأخ؛ لأن النص ورد في أن الإناث يَصِرْنَ عصبةً بالذكور في الموضعين البنات بالبنين، والأخوات مع الإخوة.

وقال تعالى في حق الأولاد ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ﴾ [النساء:١١]، وقال تعالى في حق الإخوة ﴿وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً﴾ [النساء:١٧٦] الآية، فمن كان في معنى هذين الفريقين فالنص متناول له.

أما من لا فرض له من الإناث فليس في معنى من له فرض، فلا يتناول

النص، وإن الأخت إنما تصير عصبة بأخيها إذا كانت صاحبة فرض حالة الانفراد حتى ينتقل حقها من الفرض إلى العصوبة، فأما أن[١] يوجب لها حقًّا لم يكن ثابتًا في الأصل فلا، ولأن الأنثى إنما تصير عصبة بأخيها كي لا يؤدي إلى تفضيل الأنثى على الذكر أو المساواة، وهذا لا يوجد فيمن لا فرض له حالة الانفراد.

وأما الثالث: وهي العصبة مع غيره، فكل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخت مع البنت كما ذكرنا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**اِجْعَلوا الأخواتِ معَ البناتِ عَصَبَةً**».

والفرق بين العصبة بغيره ومع غيره أن الباء للإلصاق، والإلصاق يقتضي الملصق والملصق به، وذا لا يتحقق إلا عند المشاركة في الاستحقاق؛ فيكون ذلك الغير عَصَبَةً بخلاف كلمة "مع" فإنها للقِرَانِ، والقِرانُ يتحقق بينهما بغير المشاركة؛ فلا يكون ذلك الغير عَصَبَة، كذا قيل.

وذكر الصحائفي: العَصَبَةُ بغيره هو الذي يصير عصبة بعصبة بنفسه، والعصبة مع غيره هو الذي يصير عصبة مع عصبة بغيره، فإن الأخت تصير عصبة مع البنت، والبنت عصبة بأخيها.

قال شيخي العلامة: هذا لا يستقيم؛ لأن البنت عند عدم الابن لا تكون عصبة، ومع الابن لا تصير الأخت عصبة منها.

فإن قيل: جعل الأخوات مع البنات عصبة بخلاف القياس بالنص، فيقتصر على مورد النص، وهو قوله ﷺ: «**اِجْعَلوا الأخواتِ معَ البناتِ عَصَبَةً**»، فينبغي أن لا تصير الأخت الواحدة عصبة مع بنت واحدة.

قلنا: هذا مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الآحاد على الآحاد، ولأنه ﷺ أدخل اللام في الجمع ولا معهود، فصار اللام للجنس، وبطل معنى الجمعية كما في قوله تعالى: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ﴾ [الأحزاب:٥٢]، فكان تقديره اجعلوا جنس الأخوات مع جنس البنات عصبة، فيستوي فيه الواحد والجمع، وإذا اجتمعت العصبات وهم في درجة واحدة قسم المال عليهم باعتبار أبدانهم دون أصولهم.

---

(١) في الأصل: (فإنما لم) والمثبت من النسخة الثالثة.

مثاله: ابن أخ، وعشرة بني أخ آخر، وعشرة بني عم، وابن عم آخر، فالمال بينهم على أحد عشر سهمًا لكل منهم سهم.

وفي المبسوط: رجل تزوج امرأةً وابنهُ أمَّها، فولد لكل واحد غلام، فقرابة ما بين الولدين أن ابن الأب عم ابن الابن، وابن الابن خال ابن الأب وابن أخيه، فأيهما مات ورث صاحِبَهُ بالعصوبة، وهي مسألة يا خالي وأنا عمك يدعوك أبي وهو جدك.

وفيه حكاية عبد الملك بن مروان، فإنه جلس يومًا للمظالم فقام رجل وقال: إني تزوجت امرأة، وزوجتُ أمَّها من ابني، فمُرْ بعطائي، فقال: لو كان عكس هذا كان أولى، وأنا أسألك عن مسألة فإن أحسنت جوابها (أمرتك)[1] بعطائك، وإن لم تحسن لا أعطيك شيئًا، فقال: هات، فقال: إن ولدك غلام، ولابنك غلام، فما قرابة بين الغلامين؟ فلم يحسن الجواب، فقال: سل القاضي الذي وليته، فإن أحسن الجواب فاصرف عطائي إليه وإلا فاعذرني، فلم يحسن القاضي [٢/ ٥٥١/ب] ولا أحد من القوم إلا رجل في أخريات الناس، فقال: أنا إن أجبتُ هل تقضي حاجتي؟ قال: نعم، فأجاب كما ذكرنا، فقال: لله دَرُّ هذا العلم، وقال: ما حاجتك؟ فقال: إن عاملك يسقط حرفًا من كتاب الله تعالى، قال: وما ذاك؟ قال: قال الله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة:١٠٣]، فهو يسقط حرف "من" ويأخذ كل مالنا، قال: هذا أحسن من الأول، فعزل ذلك العامل.

ولو أن أخوين ادعيا غلامًا ولدته جارية مشتركة بينهما حتى ثبت نسبه منها، فمات الرجلان ثم مات أبوهما وترك ابن ابن له آخر، وابن ابنيه فإنهما يرثان مال جدهما نصفين، ولا يرث هذا من وجهين، بخلاف الجدة فإنها ترث من الجهتين؛ لأن للجدة نسبين معروفين، وهذا الولد لواحد منهما، إلا أنا لا نعرفه فنسبه نسب واحد، ولو ثبتت حرمة المصاهرة بين الزوجين ثم حدث ولد قيل: لا يرث الولد عنه كولد الملاعنة فإنه يرث عن أمه دون أبيه، وقيل: يرث؛ لأنه ثابت النسب لاختلاف العلماء في الحرمة ومثلها لا يمنع النسب، بخلاف ولد الملاعنة، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(١) والصواب أمرتُ لكَ.

اعلم أن الملاعن لا يرث ولده الملاعن به ولا أحد من عصباته، وانقطع تعصيبه من جهته، وترثه أمه، وذوو الفروض منه فروضهم، فينقطع التوارث بين الزوجين، ولا خلاف بين أهل العلم في هذه الجملة، فلو مات أحدهم قبل تمام اللعان بين الزوجين ورثه الآخر في قول الجمهور.

وقال الشافعي: إذا كمل الزوج لعانه لم يتوارثا.

وقال مالك: إن مات الزوج بعد لعانه فإن لاعنت المرأة لم ترث ولم تحد، وإن لم تلاعن ورثت وحدت، وإن ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي.

ولو تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم لا يتوارثان عند مالك، وزفر، وأحمد في رواية، وداود.

ومثله روي عن الزهري، والأوزاعي، وربيعة؛ لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد بالنص، فلا يعتبر الحكم بالتفريق.

وعندنا: يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما؛ لأنه ﷺ فرق بين المتلاعنين، فلو حصل التفريق بمجرد اللعان لم يحتج إلى تفريقهم، وقد مر في اللعان، ثم لا قرابة له من قبيل أبيه، ولا قرابة من جهة أمه، ولا يكون عصبة أمه عصبته، ولا أمه عصبة له عند الجمهور.

وعن ابن مسعود وابن عمر: أن عصبة أمه عصبته، وبه أخذ عطاء، ومجاهد، والشعبي، والنخعي.

وعن ابن مسعود في رواية أخرى عنه أن أمّه عصبته؛ لما روى واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ أنه قال: «**تَحْرِزُ المرأةُ ثلاثَ مواريثَ عتيقَها ولقيطَها وولدَها الذي لاعَنَتْ عليه**».

وعن ابن عباس أنه قال: أم ولد الملاعنة أبوه وأمه، وإن لم تكن فعصبتها عَصَبَتُهُ؛ لما روي عن داود بن أبي[1] هند أنه كتب إلى صديق له بالمدينة أن يسأل من بقي من أصحاب النبي ﷺ عن ولد الملاعنة مَنْ عصَبَتُهُ؟ فذكروا أنه عليه الصلاة والسلام جعلَ عصبَتَهُ عصبةَ أمِّهِ.

---

(١) ليست بالنسختين، والمثبت الصواب.

وقلنا: الميراث إنما ثبت بالنص، ولا نص في توريث الأم أكثر من الثلث، وفي توريث أخ من أم أكثر من السدس، ولا في توريث أبي الأم وأشباهِهِ من عصبات الأم، وفيه خلاف النص.

ولأن العصوبة أقوى أسباب الإرث، والإدلاء بالأم أضعف فلا يجوز أن يستحق به أقوى أسباب الإرث.

وفي الحديث بيان أنها تحرز، والإحراز لا يدل على العصوبة، فإنها تجوز أن تحرز فرضًا وردًّا لا تعصيبًا.

ومعنى حديث ابن أبي هند أن عصبة قوم أمه في الاستحقاق بمعنى العصوبة، وهي الرحم[1] لا في إثبات حقيقة العصوبة، وولد الملاعنة إذا كان توأمًا فعندنا وعند الشافعي وأحمد والجمهور من العلماء هما كالأخوين لأم.

وقال مالك: هما كالأخوين لأبوين، وهو وجه لأصحاب الشافعي؛ لأن نسبهما ثابت؛ لأنهما خُلقا من ماء واحد، ويقطع النسب باللعان ضرورة؛ فيتقدر بقدرها، وهو قطع النسب لا في كونهما خلقا من ماء واحد، فكانا أخوين لأبوين بخلاف ولد الزنا؛ لأن هناك لم يثبت النسب أصلًا؛ لانعدام الفراش، ولهذا لا يثبت من الزاني وإن ادعاه.

وقلنا: الأُخُوَّة لأب لا تثبت إلا بواسطة الأب، ولا أب لهما، فلا تثبت الأخوة لأب كما في ولد الزنا وإن خلقا من ماء واحد إذا كانا توأمين، وبالقضاء تبين أن النسب لم يكن ثابتًا من الملاعن لا أن كان ثابتًا فانقطع [٢/ ٥٥٢/أ] إذا عرفت هذا، فلو ترك ابن الملاعنة بنتًا وأمًّا فالمال بينهما أرباعًا فرضًا وردًّا عند علي، وهو مذهبنا.

وعند زيد: للبنت النصف، وللأم السدس، والباقي لبيت المال.

وفي رواية عن ابن مسعود: الباقي للأم عصوبة، وهو رواية عن أحمد، وقول الحكم بن عيينة.

وفي رواية عن ابن مسعود: الباقي لأقرب عصوبة أمه كما قلنا، وهو قول إبراهيم.

---

(١) في الأصل: (برحم) والمثبت من النسخة الثالثة.

ولو ترك بنتا وأمًا وأخًا توأمًا فعندنا المال بين البنت والأم أرباعًا فرضًا وردًا، ولا شيء للتوأم كما ذكرنا.

وعلى قول مالك الباقي للتوأم بالعصوبة، وعلى قول إبراهيم الباقي للأخ توأمًا كان أو غيره؛ لأنه أقرب عصوبة لأمه.

ولو ترك ابن ابن الملاعنة بنتًا وأمًّا وعمًّا، فعندنا هذا والأول سواء، ولا شيء للعم، وهو قول الجمهور؛ لأنه عم لأم، فلا يكون عصبة، وعلى قول مالك إن كان العم توأمًا مع أبيه الباقي للعم؛ لأنه عَصَبة.

وعند إبراهيم الباقي للعم؛ لأنه أقرب عَصَبَةَ أمه، فلو لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم، فعندنا هو بين ذوي الأرحام كميراث غيره. وهكذا روي عن علي.

وعند من جعل عصبة أمه عصبته فالمال لعصبة أمه.

مثاله: ترك خالًا وخالة فعندنا: هو بينهما نصفين، وعندهم: هو للخال، ولو أكذب الملاعن نفسه لا يلحقه النسب بعد موته إلا أن يكونا توأمين مات أحدهما وأكذب نفسه، والآخر باقٍ.

وعند الأكثر يلحقه وقد مر في اللعان.

والحكم في ميراث ولد الزنا كالحكم في ولد الملاعنة على ما ذكرنا من الأقوال والاختلاف، إلا أن الحسن بن صالح قال: عصبة ولد الزنا سائر المسلمين؛ لأن أمه ليست بفراش، بخلاف ولد الملاعنة، والجمهور على التسوية بينهما؛ لانقطاع النسب كما ذكرنا، وولد الزنا لا يلحق الزاني إذا استلحقه عند الجمهور.

وعن الحسن وابن سيرين يلحق الواطئ إذا أقيم عليه الحد أو ملك الموطوءة.

وروى ابن عاصم عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: لا أرى بأسًا إذا تزوجها الزاني مع حملها وتستر عليها، والولد ولده.

النوع الثاني العصبة السببية، وهو المعتق ثم عصبته من الذكور على الترتيب المذكور في العصبات، وقد مر الكلام فيه على الاستقصاء في كتاب الولاء، ثم آخر العصبات مولى العتاقة، وهو مقدم على ذوي الأرحام، والرد عند الجمهور من الصحابة والتابعين.

وعن عمر وعلي رضي الله عنهما: تقديم الردّ على المولى، وعنهما وعن ابن مسعود: تقديم ذوي الأرحام على المولى، وبه أخذ إبراهيم النَّخَعِيّ؛ لما روي أنه ﷺ قال في المعتق: «**هو أخوكَ ومولاكَ، فإنْ شَكَرَكَ فهوَ خيرٌ لهُ وشَرٌّ لكَ، وإنْ كَفَرَكَ فهو شَرٌّ لهُ وخيرٌ لكَ، وإن ماتَ ولَم يترُكْ وارثًا كنتَ أنتَ عصَبَتَهُ**» فقد شرط في توريث مولى العتاقة أن لا يدع المعتق وارثًا؛ فيكون الردّ مقدمًا، وذوو الأرحام أيضًا؛ لأنهم من جملة الورثة، قال الله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥].

ولأن ذا الرحم قريب، والميراث ينبني على القرب، وبالولاء لا تثبت القرابة، فيكون مقدمًا عليه كما في ولاء [الموالاة][(١)] لأن الولاء أضعف وجوه الميراث؛ لما أنه ﷺ قال: «**الولاءُ لُحْمَةٌ كلُحمَةِ النَّسبِ**» فشبهه بالنسب، وما يشبه الشيء لا يكون أقوى منه، ولهذا يستحق بالقرابة الإرث من الجانبين، وبالولاء لا يستحق من الجانبين.

والولاء يحتمل الرفع في الجملة كما في جرِّ الولاء، والقرابة لا تحتمل الرفع؛ فكانت القرابة أقوى من الولاء، وبخلاف الزوجية فإنها تحتمل الرفع ويورث بها من الجانبين؛ لما أن الزوجية أصل القرابات، والقرابات تتفرع عليها، وحكم الفرع يثبت في الأصل وإن انعدم فيه معناه، كما يعطى لبيض الصيد حكم الصيد في حق المحرم، مع أن بالزوجية لا تثبت العصوبة وكلامنا فيه.

وللعامة ما روي أنه ﷺ أعطى بنت حمزة نصف مال مولاها، ونصفه لبنت المولى، وهذا نص في الباب أن المولى مقدم على الرد وعلى ذوي الأرحام؛ لأن من ضرورة أن يكون مقدمًا على الرد أن يكون مقدمًا على ذوي الأرحام؛ لأن الرد مقدم عليهم، ولهذا تبين أن مراده عليه الصلاة والسلام في قوله: «**وإنْ ماتَ ولم يدَعْ وارثًا**» العصبة، إليه أشار عليه الصلاة والسلام بقوله: «**كنتَ أنتَ عصبتَهُ**»، [٢/ ٥٥٢/ ب] ولم يقل: كنت أنت وارثه.

يؤيده ما روي عن الحسن أنه قال ﷺ: «**الميراثُ للعَصَبَةِ فإنْ لَمْ يكنْ عَصَبةً فلِلْمولَى**». وأما قوله ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ﴾ الآية فسبب نزوله ما روي أنه عليه الصلاة والسلام لما قدم المدينة آخى بين المهاجرين والأنصار، فكانوا يتوارثون بذلك،

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

فنسخ الله تعالى ذلك بهذه الآية، وبَيَّن أن الرحم مقدم على المؤاخاة والموالاة، وبه نقول.

ولأن ولاء العتاقة بمنزلة الأبوة صورةً؛ لأن المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء كما ينسب الابن الى الأب، وكذا معنًى؛ لأن الأب سبب لحياة الولد كما أن المعتق سبب لحياة المعتق معنًى، فإن الحرية حياة، والرق بمنزلة الموت باعتبار عدم قدرته على التصرف، كالحر بالمالكية غاير الإنسان الحيوانات إليه أشار النبي ﷺ: «**لَنَ يُجزِي ولدٌ والدَهُ**» **الحديث**. فعرفنا أنه بمنزلة الولاية، إلا أن هذا المعنى يوجد من الأعلى خاصة دون الأسفل، بخلاف الولاية فإن حقيقة البعضية تشمل الجانبين، فلهذا يثبت الإرث هناك من الجانبين.

وإذا تبين ذلك كان المستحق بالولاء العصوبة، وتقديم العصبة على ذوي الأرحام ثابت بالنص والإجماع، كذا في شرح السرخسي.

ولا شيء للإناث من ورثة المعتق وقد مر في الولاء.

وقيل: لو لم يترك إلا بنت المعتق يدفع المال إليها لا إرثًا بل لأنها أقرب، وكذا الفاضل عن فرض أحد الزوجين يدفع إليه بالرد، وكذا يدفع إلى البنت والابن من الرضاع، وبه يفتى؛ لعدم بيت المال وقصور احتياط القضاة.

وفي المستصفى: والفتوى اليوم على الرد على الزوجين عند عدم المستحق؛ لعدم بيت المال والظلمة لا يصرفون مال بيت المال إلى مصرفه، وهذا كما نقل عن بعض أصحاب الشافعي أنهم يفتون بتوريث ذوي الأرحام بهذا المعنى.

فصل في الموانع من الإرث

وهي أربعة:

الأول: الكفر، أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث من المسلم، وكذا المسلم لا يرث من الكافر عند جمهور الصحابة، وأكثر التابعين والفقهاء.

وفي رواية عن أحمد أنه قال: يرث بالولاء لا غير، وهو قول مالك في مولاة النصراني، وهو قول أصحاب الظاهر، وروي ذلك عن علي، وعمر بن عبد العزيز.

فقال عليّ: الولاء شعبة من الرق، ومال المرقوق لمولاه، وللجمهور عموم قوله ﷺ: «**لَا يرِثُ المسلمُ الكافِرَ**»، ولأنه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كميراث النسب، ولأنه ﷺ قال: «**الولاءُ لحمةٌ كلُحمةِ النّسبِ**» فلا يرث به هو[1] وعليه العمل.

وعن معاذ ومعاوية أنهما ورثا المسلم من الكافر، وهو أحد قولي أبيّ بن كعب، وبه قال محمد بن الحنفية، ومحمد بن علي بن الحسين، وابن المسيب، ومسروق، والشعبي، والنخعي، وعبد الله بن مغفل، ويحيى بن يعمر.

واحتج يحيى بما روي عن معاذ أنه قال: قال عليه الصلاة والسلام: «**الإسلامُ يزيدُ ولَا ينقصُ**» يعني يزيد في حقوق من أسلم، ولا ينقص شيئًا من حقه.

وقال عليه الصلاة والسلام: «**الإسلامُ يَعْلو ولَا يُعلَى علَيهِ**» ومن العلو أن يرث المسلم من الكافر، ولا يرث الكافر من المسلم، ولأن مبنى الميراث على الولاية، والمسلم من أهل الولاية على الكافر من غير العكس.

ألا ترى أن شهادته تقبل على الكافر، ولهذا لو مات الذمي ولم يترك وارثًا يرثه المسلمون بأن يوضع في بيت المال، وكذا يرث المسلم من المرتد وقد مر، وهذا قياس، وقول العامة استحسان.

ووجه قوله ﷺ: «**لَا يتوارثُ أهلُ مِلَّتينِ شَتّى**»، وقوله ﷺ: «**لا يرثُ الكافرُ المسلمَ ولا المسلمُ الكافرَ**» متفق عليه رواهما أبو داود.

ولما مات أبو طالب ترك عليًّا وجعفرًا وعَقيلًا وطالبًا، فوَرَّث النبي ﷺ عقيلًا وطالبًا؛ لأنهما كافران، قال رسول الله ﷺ: «**هل تركَ لنا عَقيلٌ من دارٍ**» فإنه كان على دين أبيه مقيمًا بمكة، فباع رِباعَه بمكة، ولم يورِّثْ عليًّا وجعفرًا؛ لأنهما مسلمان.

ولأن الولاء منتفٍ بين الكافر والمسلم قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍۚ﴾ [الأنفال:٧٣] فدل أن لا ولاء بين المسلم والكافر، فإن كان المراد به الإرث فهو إشارة إلى أنه لا يرث المسلم الكافر، وإن كان المراد متعلق الولاية

---

(١) في الأصل: (كهو)، والمثبت من النسخة الثالثة.

ففي الإرث معنى الولاية؛ لأنه يخلف المورث [٢/٥٥٣/أ] في ماله ملكًا ويدًا وتصرفًا، ومع اختلاف الدين لا يثبت، ولأن مبنى الميراث على الولاية [واتفاق الملة][(١)] لما روينا.

وأما [حديثهم][(٢)] أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد، ولا يقل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم، فكان حديثهم [مجملًا][(٣)] وحديثنا مفسرًا، وحديثهم لم يتفق على صحته، وحديثنا متفق عليه.

وأما قوله ﷺ: «**الإسلامُ يَعْلو ولا يُعلَى**» في المولود بين مسلم وكافر، فيعتبر جانب الإسلام ويحكم بإسلامه، ولهذا قال محمد رحمه الله في الدعوى: رجل مات وله ابنان أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى المسلم أنه مات مسلمًا وادعى الكافر أنه مات كافرًا وبَرْهَنَا، فالبينة بينة المسلم عندنا، فيرجح الإسلام عملًا بهذا الحديث؛ إذ المراد منه العلو من حيث الحجة أو من حيث القهر والغلبة، فيكون المراد أن النصر في العاقبة للمسلم.

قال السرخسي: ولأن الإرث نوع ولاية بالسبب الخاص وهو القرابة، فلا يثبت بين المسلم والكافر؛ لقوله ﷺ لا قرابة بيني وبين أبي جهل، ولهذا لا يثبت ولاء التزويج بينهما في ظاهر الرواية.

أما التوريث بالسبب العام وهو بيت المال يثبت للمسلم على الكافر كولاية الشهادة وولاية السلطنة، ولا يثبت للكافر على المسلم بحال، وأما المرتد فالإرث للمسلم منه يستند إلى حال إسلامه.

ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: يرث منه كسب إسلامه، ولهذا لا يرث هو من المسلم، وقد مر في باب المرتدين.

أما الكفار يتوارثون بينهم إذا كان دينهم واحدًا بإجماع أهل العلم، أما لو اختلفت أديانهم فعندنا يتوارثون؛ لأن الكفر كله ملة واحدة، وبه قال الشافعي، وأحمد في رواية، وحماد، وابن شبرمة، وداود.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) مثبتة من النسخة الثالثة.

وعن بعض أصحاب الشافعي: أنهم لا يتوارثون إلا عند اتفاق الاعتقاد.

وقال مالك، وأحمد في رواية، وابن أبي ليلى، وشريح، والحسن بن صالح، وعطاء، وعمر بن عبد العزيز، والضحاك، والحكم، والثوري، والليث، ووكيع، وشريك، والزهري، وربيعة، وطائفة من أهل المدينة، وأهل البصرة، وإسحاق: لا يتوارثون عند الاختلاف.

وروي ذلك عن علي رضي الله عنه؛ لأن الكفر ملل، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا يَتوارثُ أهلُ مِلَّتينِ شَتَّى**» واستدلوا على تغاير مللهم بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱلَّذِينَ هَادُوا۟ وَٱلصَّٰبِـِٔينَ وَٱلنَّصَٰرَىٰ﴾ [الحج:١٧]، وقال تعالى: ﴿وَلَن تَرْضَىٰ عَنكَ ٱلْيَهُودُ وَلَا ٱلنَّصَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ﴾ [البقرة:١٢٠].

ومعلوم أن اليهود لا ترضى إلا بأن نتبع اليهودية، وكذا النصارى، وأن النصارى يقرون بنبوة عيسى عليه السلام، واليهود ينكرون، فكان ملة أحدهم غير ملة الآخر، كالمسلمين مع النصارى، وبه فارق أهل الأهواء؛ لأنهم يتفقون على الإقرار بالرسل والكتب وإنما الاختلاف بينهم في تأويل الكتاب والسنة، وذلك لا يوجب اختلاف الملة فيما بينهم، وقد يوجد مثل ذلك فيما بين النصارى كالنسطورية والملكانية واليعقوبية، وفيما(١) بين اليهود أيضًا كالفرعية والسامرية.

وقال ابن أبي ليلى: اتفق اليهود والنصارى على دعوى التوحيد وإن اختلفت نحلهم بخلاف المجوس، فإنهم يدعون الاثنين ولا يقرون بنبوة نبي ولا بكتاب منزل، ولا يوافقهم أهل الكتاب في ذلك، فكانوا أهل ملتين.

ولنا أن الكفر كله ملة واحدة كالإسلام؛ لقوله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ ۝﴾ [الكافرون:٦] خاطب جميع الكفار وجعل الله الناس فريقين حيث قال ﴿فَرِيقٌ فِى ٱلْجَنَّةِ وَفَرِيقٌ فِى ٱلسَّعِيرِ﴾ [الشورى:٧]، وقوله تعالى: ﴿هَٰذَانِ خَصْمَانِ ٱخْتَصَمُوا۟ فِى رَبِّهِمْ﴾ [الحج:١٩]، ﴿هَٰذَانِ خَصْمَانِ﴾ يعني الكفار أجمع مع المؤمنين، ولأن قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال:٧٣] عام في جميع الكفار، ولأن الكفار بأسرهم ينكرون رسالة محمد ﷺ والقرآن فكانوا في حق

(١) بعدها في الأصل: (ما) والسياق بدونها أليق.

المسلمين أهل ملة واحدة وإن اختلفت نحلهم فيما بينهم.

ألا ترى أن من يعبد الشمس ومن يعبد الزهرة وغيرها من الكواكب أهل ملة واحدة في الشرك وإن اختلفت نحلهم فيما بينهم، وكذا من يعبد صنمًا ومن يعبد صنما آخر ويُكَفِّر كل واحد صاحبه وهم أهل ملة واحدة بالإجماع، فصاروا كأهل الأهواء من المسلمين.

وأما المراد من قوله [٢/٥٥٣/ب] ﷺ: «لَا يتوارثُ[١] أهلُ مِلَّتينِ شَتَّى» الكافر والمسلم، حيث فسر الملتين بقوله: «**لا يَرِثُ الكافرُ المُسلمَ ولَا المسلمُ الكافِرَ**»؛ إذ في تنصيصه على الوصف العام في موضع التفسير بيان أنهم في حكم التوريث أهل ملة واحدة دون حل الذبيحة والمناكحة؛ لما أن حل الذبيحة والمناكحة في الكتابي بناء على إظهار التوحيد وادعائه، وإن كانوا يضمرون الشرك بخلاف المجوس فإنهم لا يدعون التوحيد، فلا يصح منهم تسمية الله تعالى وهو شرط الحل، كذا في شرح السرخسي.

أجمع أهل العلم أن الكفار لا يرثون بنكاح المحارم، وبنكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد إسلامهم يتوارثون به، وبنكاح لم يقروا بعد إسلامهم فهم لا يتوارثون، ولو طلق الكافر امرأته ثلاثًا ثم أسلما ومات أحدهما لم يتوارثا به؛ لأنه لم يقرّا عليه، ولو مات أحدهما قبل إسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع، ولو تزوجها بغير شهود ثم مات أحدهما ورثه الآخر عندنا، وبه قال الشافعي، وأحمد. وعند زفر: [لا][٢] وقد مر شيء من ذلك في النكاح.

ويرث الكافر بالسببين كالمسلم، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد، وإسحاق، وداود، والنخعي، والثوري، وابن أبي ليلى، ويحيى بن آدم، وقتادة.

وقال الشافعي في الصحيح: يرثه بأقوى القرابتين، وهي التي لا تسقط بحال، وبه قال مالك، والأوزاعي، والزهري، والحسن، والليث، وحماد؛ لأنهما قرابتان لا يورث بهما في الإسلام؛ فلا يورث بينهما في غيره، كما لو أسقطت إحداهما الأخرى.

---

(١) في الأصل: (يتوارثون) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) مثبتة من النسخة الثالثة.

وقلنا قرابتان يرث بكل واحدة منهما منفردة لا يحجب إحداهما الأخرى فيرث بهما مجتمعين، كزوج هو ابن عم، أو ابن عم هو أخ من أم.

وقياسهم فاسد؛ لأن القرابتين في الأصل تسقط إحداهما الأخرى إذا كانا في شخصين، وقولهم: لا يرث بهما في الإسلام ممنوع كما قلنا في [ابن عم](١) هو زوج أو أخ من أم.

الثاني: اختلاف الدارين حقيقة، كما في الذمي والحربي في دار الحرب [أو الحربيين](٢) من دارين مختلفين، واختلاف الدار باختلاف المنعة والملك؛ لانقطاع العصمة فيما بينهم [حتى يستحل](٣) أحدهما القتال مع الآخر.

أما لو كان بين الملتين(٤) نصرة وأمانة حتى لو ظهر عدو لأحدهما ينصره [الآخر لا تختلف](٥) الدار، وكانا كدار واحدة، أما أهل العدل والبغي يتوارثون وإن اختلفت المنعة والملك؛ لأن دار الإسلام كدار واحدة، أما دار الإسلام ودار الحرب ليستا كدار واحدة؛ لأن أحدهما دار الأحكام، والأخرى دار قهر وغلبة، أو حكما كالذمي والمستأمن، وكالحربيين من دارين مختلفين، أو دخلا دارنا بأمان فإن أحدهما لا يرث الآخر وإن كانا على دين واحد؛ إذ المستأمن أهل داره حكمًا لا حقيقة، ولهذا يتمكن من الرجوع إلى داره.

وقال الشافعي، وأحمد: لا يرث حربي ذميًا، ولا ذمي حربيًا؛ لانقطاع الولاية بينهما، فأما المستأمن يرثه أهل الحرب وأهل دار الإسلام، ويرث أهل الحرب بعضهم بعضًا وإن اختلفت دارهم، كالمسلمين وإن اختلفت الدار بهم لعمومات النصوص التي تقتضي توريثهم، ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع، ولا يصح فيهم قياس، فيجب العمل بعمومات النصوص.

ولأن مفهوم قوله ﷺ: «**لَا يتوارَثُ أهلُ مِلَّتينِ شَتَّى**» دليل أن أهل ملة واحدة يرثه وإن اختلفت دارهم.

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٤) في الأصل: (ملكين) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٥) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

وقلنا: قد ثبت أن الميراث مبني على الولاية واتفاق الملة، وهاهنا إن اتفقت ملتهم فقد انقطعت ولايتهم باختلاف الدارين، ألا ترى أنه يمنع قبول الشهادة؛ لأنها من الولاية، فيمنع التوارث أيضًا، وما ذكر من العمومات لم يبق على عمومه بالإجماع؛ لخروج الرقيق والذمي والحربي؛ فيجوز أن يخرج من اختلف دارهم بالقياس.

وما ذكر ابن قدامة الحنبلي في المغني: فجعل أبو حنيفة رحمه الله اختلاف الدار واتفاقها ضابطًا للتوريث وعدمه، ولا نعلم في هذا حجة من كتاب ولا سنة ضعيف؛ لأنا نقول: نعم أنت لا تعلم، ولكن أبو حنيفة رحمه الله علم من إشارات النصوص والقياس عليها كما ذكرنا أن مبنى الميراث على الولاية واتفاق الملة، وقد عدم أحدهما.

وذكر في بعض شروح الفرائض: أن اختلاف الدار إنما يؤثر في حق الكفار لا في حق المسلمين، حتى يرث الباغي من العادل وعلى العكس [٢/ ٥٥٤/أ] وإن اختلفت مللهم ومنعتهم[(١)] إدخال المسلم في دار الحرب كحاله في دار الإسلام، والمسلم من أهل دار الإسلام حيثما يكون، ولهذا لو دخل مسلم دار الحرب بأمان ومات لم يرثه المسلم الذي في دارنا.

قال شيخي رحمه الله: هذا لا يكاد يصح؛ لما أن أبا اليسر ذكر في شرح فرائض المبسوط: المسلم لا يرث من المسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا، وكذا العكس، وإن كان المسلم الأصلي مستأمنا في دار الحرب؛ لأنه من أهل دار الإسلام، فاختلف بهما الداران، وهكذا ذكر في شرح فرائض السراجي لمصنفه.

وفي بعض شروح فرائض المبسوط لبعض المشايخ: وأما توريث المسلم الأصلي من المسلم المستأمن في دار الحرب باعتبار أنه من أهل دار الإسلام حكمًا وإن كان في دار الحرب حقيقة؛ لأنه إنما دخل في دار الحرب على سبيل العارية، فلم ينقطع حكم دار الإسلام، ولهذا لم تَبِن امرأته، ولو قتله مسلم تجب عليه الدية والكفارة، إليه أشار في الإيضاح.

---

(١) في النسخة الثالثة: (ومنهم).

وأما المسلم الذي لم يهاجر إذا قتل لم تجب الدية، وأما مسألة العادل والباغي فجريان التوارث باعتبار الاختلاف لم يتحقق؛ لأن أهل البغي ملتزمون أحكام الإسلام، ودار الإسلام دار أحكام، فباختلاف المنعة والملك لا يتباين الدار فيما بين المسلمين؛ لأن حكم الإسلام يجمعهم بخلاف أهل الحرب إذا اختلفت منعتهم وملكهم، حيث تختلف به الدار؛ لأن دار الحرب دار قهر لا دار أحكام، فلهذا افترقا.

الثالث: الرق، وهو مانع وافرًا كان كالقِنِّ أو ناقصًا كالمكاتب والمدبَّر وأم الولد.

أجمع أهل العلم أن العبد لا يرث؛ لقوله تعالى: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل:٧٥]، ومتى ورث صار قادرًا على شيء، ولقوله ﷺ العبد وما في يده لمولاه، فلو ورثناه كان لمولاه، ولا قرابة بين مُورِّثه ومولاه، وكذا المدبر وأم الولد بالإجماع، [ولا يرث][(١)] عنه بإجماع أهل العلم؛ لأنه لا مال له، فكيف يورث عنه؟

أما المكاتب هل يورث [عنه، ولو مات][(٢)] رقًّا؟ وقد مرَّ في باب المكاتب.

وأما المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة، [فللمستسعى من تركته][(٣)] ونصف ولاية، فكان كالمكاتب في الإرث والحجب.

وعندهما: حُرٌّ مديون [فيرث ويورث منه][(٤)] ويحجب، ذكره شمس الأئمة في شرحه. وبقولهما قال الحسن، وجابر بن زيد، والشعبي، والنخعي، والثوري، وابن أبي ليلى، والحكم، وحماد، ويحيى بن آدم، وداود، وابن عباس.

وقال مالك: لا يرث ولا يورث، وبه قال الشافعي في القديم، وهو قول زيد.

وقال أحمد، والمزني، وابن المبارك، وحمزة الزيات، وأصحاب الظاهر:

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة، وهناك كلمة لم نهتد لقراءتها.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

يرث ويورث عنه ويحجب على قدر ما فيه من الحرية، وهو قول عليّ، وابن مسعود.

وقال الشافعي في الجديد: ما كسبه بحرية الجزء لورثته، ولا يرث هو ممن مات شيئًا، وبه قال طاووس، وعمرو بن دينار، وأبو ثور.

وفي الفرائض العثمانية: هذا الخلاف بين أصحابنا في الذي يسعى لفكاك رقبته كمعتق البعض، أما لو كان يسعى لحق رقبته كالعبد المرهون إذا أعتقه الراهن فهو كالحر يرث ويورث عنه بلا خلاف.

الرابع: القتل، أجمع أهل العلم على أن القاتل عمدًا لا يرث إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما(١) ورثاه، وبه قال الخوارج، والأصم، وابن علية؛ لأن آية المواريث تتناوله بعمومها، ولا تعويل على هذا القول لشذوذه، وقيام الدليل على خلافه، وهو قوله ﷺ : «**ليس لقاتلٍ شيءٌ من الميراثِ**» رواه مالك في الموطأ، وأحمد بإسناده.

وعمر أعطى دية ابن قتادة المدلجي لأخيه دون ابنه، وكان ابنه حذفه بسيف فقتله، واشتهرت هذه القضية بين الصحابة فلم ينكر أحد؛ فكانت إجماعًا، أما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرثه أيضًا.

وروى عن ابن المسيب، وعمرو بن شعيب، وعطاء، والحسن، ومجاهد، والزهري، ومكحول، والأوزاعي، ومالك، وأبي ثور، وابن المنذر، وابن أبي ذؤيب، وداود: أنهم قالوا: يرث من المال دون الدية.

ونحوه عن علي ﷺ؛ لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة، وخص قاتل العمد بالإجماع، فبقي على العموم فيما سواه. وللعامة عموم الأحاديث كما روينا.

لأن من لا يورث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في [٢/ ٥٥٤/ب] الدين، والعمومات مخصوصة بالإجماع.

وعن عثمان البتي: القتل الخطأ لا يوجب حرمان الميراث؛ لأن الإثم لم يتعلق به، فصار كقتل الصبي والمجنون، ولأن قصد الاستعجال من المخطئ لا

(١) في الأصل: (انما) والمثبت من النسخة الثالثة.

يتحقق كما في الصبي والمجنون فلا يحرم عن الميراث.

ولنا ما روي عن عَدِيٍّ الخُذَامِيِّ قال: كان بين امرأتين مجاورة فرمى عدي إحداهما بحجرٍ فماتت، فسأل عدي رسول الله ﷺ في غزوة عن شأن المرأة المقتولة، فقال النبي: «اِعْقِلْها ولَا تَرِثْها» ولم يفصل بين الدية وسائر أموالها، ولم يُفَصِّل أيضًا بين ما إذا كان القتل عمدًا أو خطأ، ولو كان الحكم يختلف لاستفسر.

والظاهر: أنه كان خطأ، فإن الظاهر أنه قصد تأديبها لا قتلها، فعلم أن قتل الخطأ يوجب حرمان الميراث من الدية ومن سائر أمواله.

وروى ابن أبي مليح في حديث المدلجي أن السيف أصاب رجليه بغير قصد، فغرمه عمر.

وروي عن علي ﷺ أنه قال لرجل رمى بحجر فأصاب أمة فماتت فقال له: ميراثك منها الحجر.

وروي أن رجلًا قتل أخاه خطأ فسئل ابن عباس عن ذلك فلم يجعل له ميراثًا، ولأن حرمان الميراث جزاء القتل المحظور شرعًا، والقتل الخطأ محظور؛ لأن ضد المحظور المباح، والمحل غير قابل للمباح، ولهذا تعلق به كفارة، وهي ستارة للذنب، وحرمان الميراث شرع عقوبة، والمخطئ يجوز أن يعاقب بعقوبة مالي أو بدني، وحرمان الميراث نظير الكفارة لا نظير القصاص، والمخطئ إذا كان مكلفًا يتهم في القصد إلى استعجال الميراث؛ لأن من الجائز أنه قصد إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه، والقصد إلى استعجال الميراث صحيح إذا كان مكلفًا، بخلاف الصبي والمجنون فإن التهمة منهما منتفية؛ لأنهما لا يعرفان ذلك، ولهذا لا تجب عليهما الكفارة، إليه أشار في شرح خواهر زاده.

أما [القاتل بسبب][1] كواضع الحجر وحافر البئر لا يحرم عن الميراث عندنا؛ لعدم وجوب القصاص والكفارة، [بخلاف الشافعي وقد][2] مر في أول الجنايات.

وأما القتل بحق كقتل مورثه قصاصًا أو دفعًا عن نفسه، أو [قتل العادل

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

مورثه][1] الباغي لا يحرم الميراث عندنا، وبه قال مالك.

وقال الشافعي: القتل يمنع الميراث بكل [حال][2] وبه قال أحمد في رواية، وقال بعض أصحابه: إن كان القتل بحق ولم تتمكن فيه شبهة الاستعجال للميراث فإنه لا يوجب حرمان الميراث، نحو الحاكم اذا قتل مورثه دفعًا عن نفسه، أو شهد الشهود عند الحاكم بقصاص على مورثه أو بزنا فقضى بشهادتهم، فإنه يحرم عن الميراث؛ لأن حرمان الميراث زجرًا عن القصد إلى الاستعجال، ففي كل موضع تمكن قصد تهمة الاستعجال فيه يحرم وإلّا لا.

ومن لم يُفَصِّل يحتج بظاهر قوله ﷺ: «**لَا ميراثَ لِقاتِلٍ**» ولم يفصل بين قتل وقتل.

وقلنا: حرمان الميراث حكم من أحكام القتل، فلا يتعلق بقتل حق كسائر أحكام القتل من القصاص والدية والكفارة.

والمراد في قوله ﷺ: «**لا ميراثَ لقاتلٍ**» القتل بغير حق؛ لأنه شرع عقوبة على قصد الاستعجال، وذا يكون في القتل بغير حق، ولأن حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة، واستيفاء الحقوق المشروعة والحرمان شرع زاجرًا عن القتل المحرم، والتوريث به يفضي إليه.

وفي المجتبى: ذكر في الفرائض أن المانع من الإرث أربعة، وهو أكثر منها فإن جهالة تاريخ الموتى مانع كالحرقى ونحوه، وكذا جهالة الوارث، وذلك في خمس مواضع:

أحدها: ما لو وضع ولده ليلًا في فناء مسجد، ثم ندم وجاء ليرفعه فإذا فيه ولدان، ولا يعرف ولده ومات قبل الظهور لا يرثه واحد منهما، ويوضع ماله في بيت المال، ونفقتهما على بيت المال، ولا يرث أحدهما من صاحبه.

وثانيها: أرضعت صبيًّا مع ولدها وماتت ولا يعلم ولدها، لا يرثها واحد منهما، ولا كل واحد من صاحبه.

وثالثها: حرة وأمة ولدت كل واحدة في بيت مظلم ولا يعرف ولد الحرة

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

من الأمة لا يرث واحد منهما، ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لمولى الأمة.

ورابعها: استأجر نصراني ومسلم ظئرًا لولديهما وكبرًا ولا يعرف ولد النصراني، فالولدان [٢/ ٥٥٥/أ] لا يرثان من أبويهما.

وخامسها: ابن أمة وابن حرة أرضعتهما ظئر حتى كبرا، ولا يعرف ولد الحرة، وهما حران ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لمولى الأمة، ولا يرثان من أبويهما، كذا ذكره التمرتاشي.

فصل في الحجب(١)

الحَجْب لغةً: المنع، ومنه الحجاب؛ لأنه يمنع الناس عن النظر إلى ما وراءه، وحاجب الأمير؛ لأنه يمنع الناس عن الدخول عليه والتكلم معه.

وشرعًا: حجب شخص مخصوص عن ميراثه، وهو نوعان:

حجب عن كل ميراثه، ويقال له حجبُ حرمانٍ.

وعن سهم إلى سهم أقل منه، ويقال له حجبُ نقصانٍ.

وهذا مبني على أصول، وهو أن كل من يُدْلِي إلى الميت بشخص لا يرث بوجود ذلك سوى أولاد الأم، فذلك الشخص يُحجَب حجبَ الحرمان كما في العصبات وبعض أهل الفرض، وقد مر في أثناء مسائل العصبات، وبعض مسائل أصحاب الفروض.

ولو كان يرث مع وجوده ولكن مع عدمه يأخذ أكثر فهو حجب نقصان، كالأم تأخذ الثلث عند عدم الولد، وولد الابن، والاثنين من الإخوة والأخوات، وعند وجود الولد، أو ولد الابن، أو الاثنين من الإخوة والأخوات السدس، كما مر في فصل أصحاب الفروض.

والمحروم لا يَحجُب عندنا، وهو قول عليٍّ وزيد وعامة الصحابة، وعند

(١) الحجب في علم الفرائض هو: (المنع من الإرث كاملاً أو من بعضه.) والحجب قسمان: أحدهما حجب بالوصف لوجود أحد موانع الإرث وثانيهما حجب بالشخص إما حرماناً كحجب الجدة بالأم، وحجب الجد بالأب في العصبات لتقديمه في جهة العصوبة، وإما نقصانا كحجب الأم من فرض الثلث إلى فرض السدس عند وجود الفرع الوارث.

ابن مسعود يَحجُب حجبَ النقصان كالكافر والقاتل والرقيق، ذكره في الأسرار والمبسوط وشروح الفرائض.

وذكر محمد عن الشعبي في امرأة مسلمة ماتت وتركت زوجها مسلمًا، وأخوين من أمها مسلمين، وابنًا نصرانيًّا أو يهوديًّا أو مشركًا، قال عليٌّ وزيد: لزوجها النصف، ولأخويها الثلث، بقي سدس المال فهو للعصبة.

وعند ابن مسعود: للزوج الربع، وليس للأخوين لأم ميراث، وما بقي فهو للعصبة. وهذه الرواية تدل على أن عند ابن مسعود المحرومُ كما يَحجُب حجبَ النقصان يَحجُب حجبَ [الحرمان](١)، فصار عنه في حجب الحرمان بالمحروم روايتان.

وجه قول ابن مسعود أن حجب النقصان ثابت بالنص باسم الولد والأخ وبالكفر والرق والقتل لا يتغير هذا الاسم(٢)، بخلاف حجب الحرمان؛ لأنه باعتبار تقديم الأقرب على الأبعد، وإنما يتحقق ذلك إذا كان الأقرب مُستحِقًّا، وحجب النقصان باعتبار أن السبب مع وجود الولد والإخوة والأخوات لا يوجب له إلا الأقل، وفي هذا المعنى لا فرق بين أن يكون الولد والأخ وارثًا أو لا، ولا يقال من لا يرث يجعل كالميت فلا يَحجُب؛ لأن هذا يشكل بما لو ترك أبوين وإخوة، فللأم السدس، والباقي للأب، والإخوة حَجَبوا [الأمَّ](٣) من الثلث إلى السدس ولم يرثوا، فجاز أن يَحجُب الكافرُ أو العبدُ وإن كان لا يرث.

قلنا: الكافر والعبد ليسا بأهل للميراث من المسلِم والحرِّ، والعلة(٤) تنعدم بفوات الأهلية، وبفوات شرط من شرائط الانعقاد، كما أن بيع المجنون غير منعقد؛ لفوات الأهلية، وبيع الحر غير منعقد؛ لفوات شرط الانعقاد، وإذا انعدمت الأهلية صار وجود من ليس بأهل كعدمه، ولهذا لو ترك أبًا وجدًّا، وأبوه مملوك أو كافر فإن الحر(٥) يرث منه.

قال الطحاوي: أجمع العلماء على ذلك، بخلاف الإخوة مع الأب؛ لأن الأخ أهل للميراث؛ لأنه حي مسلم، وأهلية الإرث تثبت بهما، إلا أنه لم تعمل

(١) مثبتة من النسخة الثالثة.
(٢) في النسخة الثالثة: (الاسلام).
(٣) مثبتة من النسخة الثالثة.
(٤) في الأصل: (والعبد) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٥) في الأصل: (الحمل) والمثبت من النسخة الثالثة.

العلة عملها؛ لفوات شرط عملها، لا لعدم انعقادها، كما في البيع بالخيار، فلم يمكن أن يجعل الإخوة موتى، بخلاف ما نحن فيه فإنهم كالموتى في حق الميراث؛ لعدم الأهلية، فكذا في حق الحجب، وكما أن الرق لا يخرج من كونه ولدًا، وكذا بالموت لا يخرج منه، ثم يشترط كونه حيًّا للحجب، فكذا يشترط كونه أهلًا للإرث.

والمراد بالولد المذكور ولد الوارث؛ لأنه عطف على الولد المذكور في أول الآية، وهو قوله ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] فقد ذكر الولد الوارث في أولها، وذكر هذا الولد بعده، فصار [تقديره][١] فإن لم يكن لهن ولد وارث، إليه أشار شيخ الإسلام وشمس الأئمة.

يؤيده أنه تعالى ذكر الأولاد في أول الآية معرفًا بالإضافة، ثم ذكر الولد منكرًا، والمعرفة إذا أعيدت مكررة كانت الثانية عين الأولى، كما في قول الشاعر[٢]:

صَفَحْنَا عَنْ بَنِي ذُهْلٍ[٣] ... وَقُلْنَا الْقَوْمُ إِخْوَانُ
عَسَى الأَيَّامُ أَنْ يَرْجِعْـ ... ـنَ قَوْمًا كَالَّذِي كَانُوا

قيل: وفيه نوع تأمل، [٢/ ٥٥٥/ ب] أما المحجوب يحجب بلا خلاف بين الصحابة؛ لأن عند ابن مسعود المحروم يحجب، فالمحجوب بالطريق الأولى.

فصل في العول[٤]

اعلم أن معرفة العول تحتاج إلى معرفة مخارج الفروض، فالفرض نوعان:

الأول: النصف، والربع، والثمن.

---

(١) مثبتة من النسخة الثالثة.

(٢) البيتان من الهزج، وهما للفند الزماني (شهل بن شيبان) في أمالي القالي ١/ ٣٢؛ وحماسة البحتري ص ٥٦؛ والحيوان ٦/ ٤١٥؛ وخزانة الأدب ٣/ ٤٣١؛ وسمط اللآلي ص ٥٧٨؛ وشرح ديوان الحماسة للمرزوقي ص ٣٢؛ وشرح شواهد المغني ٢/ ٩٤٤؛ والمقاصد النحويَّة ٣/ ١٢٢؛ وبلا نسبة في مغني اللبيب ٢/ ٦٥٦.

(٣) في الأصل: (هذيل) والمثبت من النسخة الثالثة.

(٤) العول في حساب الفرائض من فقه المواريث هو في اللغة بمعنى: "الزيادة" وفي الاصطلاح هو: (زيادة في السهام يلزم عنها نقص في الأنصباء) ويختص بمسائل الإرث التي يكون فيها تزاحم أصحاب الفروض دون أصحاب التعصيب و تذكر المصادر أنّ أوّل ما حكم فيه بالعول في الإسلام كان عمر، حيث ماتت امرأة عن زوج وأختين، فجمع السهام كلّها وقسّم=

والثاني: الثلثان، والثلث، والسدس، على التضعيف والتنصيف، وهو ظاهر.

وبعض الفرضيين جعلوا لكل نوع واحدًا[١]، فقال: نسبة الثمن إلى السدس كنسبة الربع إلى الثلث، وكنسبة النصف إلى الثلثين؛ لأن الثمن ثلاثة أرباع السدس، والربع ثلاثة أرباع الثلث، والنصف ثلاثة أرباع الثلثين، ويتضح هذا في أربعة وعشرين، فإنه مخرج لجميع الفروض حتى قيل: لو تصور اجتماع هذه الفروض في حادثة واحدة لكانت تخرج من أربعة وعشرين، فيخرج كل من النوعين مفردًا ومختلطا، أقل عدد يخرج منه ذلك الكسر صحيحًا، كالاثنين للنصف، والأربعة للربع والنصف، وثلاثة الأرباع والثمانية للنصف والربع والثمن، والسبعة للأثمان، والثلاثة للثلث والثلثين، والستة للنصف والثلث والسدس وخمسة أسداس.

ومخرج مختلطات النوعين ينحصر في ستة واثني عشر وأربعة وعشرين؛ لأن النصف إذا اختلط ببعض الصنف[٢] الثاني أو بجميعه يخرج من ستة، والربع[٣] إذا اختلط ببعضه أو بجميعه يخرج من اثني عشر، والثمن إذا اختلط ببعضه أو بجميعه يخرج من أربعة وعشرين، فمخارج الفروض هذه الثلاثة واثنان وثلاثة وأربعة وثمانية.

ولا يقال: لا يتصور أن يجتمع الثمن مع الثلثين، والثلث والسدس؛ لأن في حال ما يكون للمرأة الثمن يكون صاحب الثلثين بنتين وصاحب السدس أُمًّا أو جدة، إلا أنه [انعدم][٤] صاحب الثلث؛ لأن صاحب الثلث إما الأم أو أولادها، والأم حجبت من الثلث إلى السدس، وأولاد الأم حجبوا من جميع

= الفريضة عليها ليدخل النقص على كلّ واحد بقدر فريضته. فلو كانت المسألة (زوج وأختان شقيقتان) مثلا فمسألتهم من ستة للزوج النصف ٣ من ٦ وللأختين الثلثان ٤ من ٦ المجموع ٤+٣=٧ فأصل المسألة: ٦ وتعول إلى: ٧ وأصول المسائل التي يمكن دخول العول عليها هي: (٦)/ (١٢)/ (٢٤). عندما لا يحصل المستحق على فرضه كاملا، أما العاصب إذا لم يبق له شيء فإنه يسقط إلا في مسألة المشتركة.

(١) في الأصل: (الكل وعاء واحد)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) كذا بالأصل، وفي النسخة الثالثة: (النصف).

(٣) في الأصل: (الرابع) والمثبت من النسخة الثالثة.

(٤) مثبتة من النسخة الثالثة.

الثلث، فانعدم صاحب الثلث؛ لأنا نقول يستقيم على أصل ابن مسعود، فإن الثمن يتصور أن يجتمع مع الثلث والثلثين والسدس على أصله، وهو أن المحروم يحجب حجب النقصان، كما لو ترك أمًّا، وأختين لأب وأم، وأختين لأم، وامرأة، وابنًا محرومًا.

فعندنا: أصل المسألة من اثني عشر، وتعول إلى سبعة عشر، والابن المحروم جعل كالمعدوم.

وعنده: من أربعة وعشرين، وتعول إلى إحدى وثلاثين؛ لأن الابن المحروم يحجب المرأة من الربع إلى الثمن، وذلك يكفي للتصور، ثم إن ضاق المخرج عن فرض يزاد ذلك على المخرج وهو العول.

والعَوْلُ لغةً: إما الميل إلى الجور ومنه قول أبي طالب:

بِمِيزانِ صِدْقٍ لا يَعولُ شَعِيرَةً ... وَوَزَّانِ صِدْقٍ وَزْنُهُ غَيرُ عائِلِ

أي: لا يميل مقدارَ شَعيرةٍ، ويقال: عالني يعولني أي: غلبني، ويقال: عال الميزان إذا ارتفع.

والعول أيضًا عول الفريضة، وأن يريد[1] بها ما يدخل النقصان على أهل الفرائض.

قال أبو عبيدة: أظنه مأخوذ من الميل؛ لأن الفريضة إذا عالت تميل على أهل الفرائض جميعًا فتنقصهم، كذا في الصحاح.

ثم العول ثابت عند عامة الصحابة ومن تبعهم، وهو مذهب عمر، وعلي، وابن مسعود، وزيد، والعباس، وفقهاء الأمصار.

وروي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت لأم وأب وأم: من شاء باهلته أن المسائل لا تعول.

وسميت هذه المسألة مسألة الباهلة بذلك، وبقوله قال محمد بن الحنفية، ومحمد بن علي بن الحسين زين العابدين، وعطاء، وداود.

وروى الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال: لقيت زفر بن أوس النضري يمضي إلى ابن عباس يتحدث عنده، فقال ابن عباس: إن الذي أحصى

(١) في الأصل: (تزيد) والمثبت من النسخة الثانية.

رمل[١] عالج عددًا أعدل من أن يجعل في مال نصفًا ونصفًا وثلثًا، هذان النصفان ذهبا بالمال، فأين موضع الثلث؟ وايْمُ الله لو قدّموا من قدَّمَ اللهُ وأخّروا من أخَّر الله ما عالت فريضة أبدًا.

قال زفر: فمن الذي قدمه الله ومن الذي أخره الله؟

فقال: الذي أهبط من فرض إلى فرض فذلك الذي قدمه اللّه ومن الذي أخره أهبط من فرض إلى ما بقي، فذلك الذي أخره الله تعالى.

قال زفر: فمن أول من أعال الفرائض؟ قال: عمر، فقلت: ألا أشرت إليه؟ فقال: هبته، وكان امرءًا مهيبًا.

يريد بقوله: من أهبط من فرض إلى فرض فذلك الذي قدمه الله تعالى أن الزوجين والأم لكل واحد منهما فرض لم يحجب إلى فرض آخر لا ينقص منه، وأما من أهبط من فرض [٢/٥٥٦/أ] إلى ما بقي يريد البنات والأخوات، فيفرض بهن، فإذا كان معهن إخوتهن ورثوا بالتعصيب، فكان لهم ما بقي قل أو كثر، وكان هذا مذهبه، [ومذهبه][٢] أن الفروض إذا ازدحمت رد[٣] النقص على البنات والأخوات؛ لأن أصحاب الفرائض مقدمون على العصبات؛ لقوتهم، ولا يعلم اليوم قائل بمذهبه.

للعامة ما روي عن عمر ﷺ أنه حين وقع العول شاور الصحابة، فأشار العباس بصحة العول، قالوا: أعيلوا الفرائض فتابعوه ولم ينكروا عليه إلا ابنه، ولأن الله تعالى فرض للأخت أو البنت النصف كما فرض للزوج النصف، وفرض للبنتين أو الأختين الثلث كما فرض الثلث للأختين لأم، ولا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى بالرأي والتحكم، ولم يكن الوفاء بها، فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون.

ويلزم على قول ابن عباس مسألة فيها زوج وأم وأخوان من أم، فإن حجب الأم إلى السدس خالف مذهبه في حجب الأم بأقل من ثلاثة من الإخوة، وإن نقص من الأخوين لأم فقد رد النقص على من لم يهبطه الله تعالى من فرض إلى

(١) في الأصل: (رجل) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٣) في الأصل: (و)، والمثبت من النسخة الثالثة.

ما بقي، وإن عال رجع إلى قول الجماعة.

وقوله: منعني هيبته غير مستقيم؛ لأن عمر لم يكن يزجر الناس عن الحق، وهو ألين لقبول الحق من الكل في العتبة في الأصول، ولئن ثبت هذا فمن الجائز أن لم يظهر؛ لأنه علم أن عمر أفقه منه فلم يظهر رأيه في مقابلة رأيه.

وما قال[١] ابن حزم في جواب مسألة زوج وأم وأخوان لأم، وتوريث من يرث بحال ويسقط بحال، وهم بنو الأم بعد توريث من نص الله تعالى على ميراثه، ولا يسقط بحال، وكانوا أسوأ حالًا، وبعد استيفاء ما نص الله تعالى عليه إن فضل شيء أخذه وإلّا لا؛ إذ ليس في وسع المكلف إلا هذا ممنوع وغير مستقيم؛ إذ في هذا اعتبار التفاوت في حالة الاستحقاق، وفي غير حالة الاستحقاق وهم أسوأ حالًا، وفي وسع المكلف أن يقسم الحق على قدر حقوقهم كما في الوصايا والديون.

ثم اعلم أن مجموع المخارج سبعة، أربعة منها لا تعول: الاثنان، والثلاثة، والأربعة، والثمانية؛ لأن العول إنما يقع إذا اجتمعت الفرائض وضاق المال عن إيفاء الكل، وفي هذه المخارج إما أن يتم المال أو يبقى شيء من المال؛ لأن ما يخرج من سهمين نصفان، كزوج وأخت لأب وأم أو نصف، وما بقي كزوج وأخ لأب وأم، وما يخرج من ثلاثة ثلث، وما بقي كأم وأخ لأب وأم أو ثلثان، وما بقي كبنتين وأخ لأب وأم أو ثلث وثلثان كابنتين لأم وأختين لأب وأم، وما يخرج من أربعة ربع، وما بقي كزوج وابن أو ربع ونصف، وما بقي كزوج وبنت وأخ لأب وأم أو ربع وثلث، وما بقي كامرأة وأبوين، وما يخرج من ثمانية ثمن، وما بقي كامرأة وابن أو ثمن ونصف، وما بقي كامرأة وبنت وأخ لأب وأم، وثلاثة قد تعول الستة تعول إلى عشرة وترا وشفعا.

فلو اجتمع نصف وثلثان تعول إلى سبعة، كزوج وأختين لأب وأم، أو اجتمع نصفان وسدس كزوج وأخت لأب وأم وأخت لأب، وتعول أيضًا إلى ثمانية، كزوج وأختين لأب وأم و[أختين][٢] لأم، أو كزوج وأخت لأب وأم وأختين لأم، أو كزوج وأخت لأب وأم وأخت لأم.

---

(١) في النسخة الثالثة: (كان).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

وتعول أيضًا إلى تسعة كزوج وأختين لأب وأم وأختين لأم، أو كزوج وأخت لأب وأم وأخت لأب وأختين لأم.

وسميت هذه المسألة مروانية؛ لأنها وقعت في أيام بني أمية، وكان الزوج بعض بني مروان فأراد أن يستبد بنصف المال كملا، فسألوا عنها فقهاء الحجاز فقالوا: ثلث المال. وسميت الغراء أيضًا؛ لاشتهارها بينهم.

أو كزوج وأخت لأب وأم وأختين لأم وأم، أو كزوج أم وثلاث أخوات متفرقات.

وتعول إلى عشرة كزوج وأختين لأب وأم وأختين لأم وأم، وسميت شريحية؛ لأنها وقعت في زمان قضائه، فأعطى للزوج ثلاثة من عشرة، وكان الزوج يطوف البلاد، ويقول ما تقولون في امرأة ماتت وتركت زوجًا ولم تترك ولدًا ولا ولد ابن فماذا يكون له؟ فقالوا: للزوج النصف، وهو يقول: إن شريحًا لم يجعل لي نصفًا ولا ثلثًا فبلغ ذلك شريحًا، فقال: أسأت القول وكتمت العول.

وفي شرح السرخسي: دعاه وقال للرسول: قل له: قد بقي لك شيء عندنا، فعزره، فقال الرجل: أهذا الذي [٢/٥٥٦/ب] كان بقي لي عندك؟ فأنشد:

وَحَقِّ اللهِ إنَّ الظُلْمَ لُؤْمٌ ... وما زال المُسيء هو الظَّلُومُ
إلى دَيَّانِ يومِ الدِّينِ نَمْضِي ... وعندَ اللهِ تَجْتَمِعُ الخُصومُ

فقال: ما أخوفني من هذا القضاء لولا أنه سبقني له إمام عادل ورع، وهو عمر رضي الله عنه.

وجواب لولا محذوف، يعني لولا سبقني بهذا القضاء عمر ما قضيت به.

وسميت أم الفروخ أيضًا؛ لكثرة العول فيها.

وتعول إلى عشرة أيضًا في زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات.

وأما اثني عشر فتعول إلى سبعة عشر وترًا، وتعول إلى ثلاثة عشر كامرأة وأختين لأب وأم وأخت لأم، وتعول إلى خمسة عشر كامرأة وأختين لأب وأم وأختين لأم، وتعول إلى سبعة عشر كامرأة وأختين لأم وأم أو كنسوة ثلاث وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأبوين، وتعول إلى سبعة عشر، وتسمى أم الأرامل؛ لأن في المسألة كلها إناث.

وأما أربعة وعشرون فتعول إلى سبعة وعشرين عولًا واحداً كامرأة وبنتان

وأبوان، وسميت منبرية؛ لأنها وقعت في زمن علي ﷺ فصعد على منبر الكوفة ليخطب فقام رجل وسأل هذه المسألة فدرج الجواب في الخطبة على البديهة، فقال السائل أليس للزوجة الثمن؟ فقال: صار ثمنها تسعًا، ومضى على خطبته فعجبت الصحابة من دقة فهمه وسرعة جوابه، وكان عليٌّ فارها في علم الحساب، حتى روي أن نصرانيًا جاء إليه فقال: في كتابكم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعًا، وفي كتابنا ثلاثمائة سنين فلا يستقيم فيخالف كتابنا كتابكم، فقال عليّ هذا مستقيم؛ لأن ثلاثمائة سنين في كتابكم على حساب اليونانيين، وفي كتابنا على حساب العرب، وثلاثمائة سنين في حساب اليونانيين على حساب العرب ثلاثمائة سنين وتسع، فتعجب النصراني من جوابه على البديهة فآمن.

ولهذا قيل: إن عليًا كان معجزة من معجزات نبينا ﷺ؛ لأنه مع تبحره في العلم وشجاعته في الحرب كان منقادًا مقرًا بنبوته ﷺ، كذا في شرح خواهر زاده.

ولا تعول إلى أكثر من هذا إلا على قول ابن مسعود؛ لأن عنده يحجب الزوجان، والأم بالولد المحروم، فعلى قوله إذا كانت أم امرأة وبنت وست أخوات [متفرقات][1] وولد محروم، فللأخوات الثلث والثلثان أربعة وعشرون، وللأم السدس أربعة وللمرأة الثمن ثلاثة، فصارت سبعة فتعول إلى أحد وثلاثين.

فصل في الرد[2]

هو ضد العول؛ إذ في العول تفضيل السهام على المخرج، وفيه تفضيل المخرج أي: الفرائض على السهام، ولأن حق أصحاب الفرائض ينتقص بالعول، ويزداد بالرد، والرد في الاصطلاح رد ما بقي من أصحاب الفروض

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

(٢) لغة هو الرجوع والصرف، واصطلاحًا ضد العَول، وهو: زيادة في الأنصباء ونقص في السهام، وقال بالرد كل من الإمام أحمد والإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي.

شروط الرد: يحصل الرد إذا لم يوجد عصبة ولم تستغرق الفروض المسألة، ويرد الزائد على أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم ما عدا الزوجين فإنه لا يُرَدُّ عليهما.

حالات مسائل الرد: لمسائل الرد حالتان:

الأولى: أن لا يكون مع الورثة أحد الزوجين.

الثانية: أن يكون معهم أحد الزوجين.

عليهم بقدر حقوقهم عند عدم العصبة إلا على الزوجين، وبه قال عامة الصحابة والتابعين، وهو قول أصحابنا، وأحمد.

وعن ابن عباس في رواية: يرد على ذوي الفروض إلا على ثلاثة نفر: الزوجين، والجدة.

وعند ابن مسعود: يرد عليهم إلا على ستة نفر: الزوجين، وبنت الابن، مع وجود البنت الصُّلبيّة، والأخت لأب مع وجود الأخت لأب وأم، وأولاد الأم مع الأم، والجدة مع ذي سهم، وبه قال [أحمد][١] في رواية، وأصح مذهبه قول عامة [أهل][٢] الرد.

وقال زيد بن ثابت: لا يرد ما بقي من ذوي الفروض عليهم بل لبيت المال، وهو قول الشافعي، ومالك، والأوزاعي؛ لأنه تعالى قال في الأخت: ﴿فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَۚ﴾ [النساء:١٧٦]، ومن رد عليها جعل لها الكل، وهو خلاف النص، ولأنها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج، ولأن الباقي ما لم يكن له مستحق بالنص؛ فيوضع في بيت المال؛ كما لو لم يترك أحدًا.

ولأن الرد إما أن يكون باعتبار الفرضية، أو العصوبة، أو الرحم على مذهبكم، ولا يجوز باعتبار الرحم؛ لأن الرحم مقدم على ذوي الأرحام عندكم، ولا باعتبار العصوبة؛ لأن باعتبارها يقدم الأقرب فالأقرب، ولا باعتبار الفرضية؛ لأنه وصل إلى كل ذي فرض فرضه؛ فبطل القول به؛ فيوضع في بيت المال.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ﴾ [الأنفال:٧٥]، وهؤلاء من ذوي الأرحام، وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت؛ فيكونون أولى من بيت [٢/ ٥٥٧/ أ] المال.

وقال ﷺ: «**مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ وَمَنْ تَرَكَ كَلًّا فَإِلينَا**» متفق عليه، وهذا[٣] في جميع المال.

وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**تُحرِزُ المرأةُ ثلاثةَ مواريثَ لقيطَها وعتيقَها والولدَ الذي لاعَنَتْ عليهِ**» أخرجه ابن ماجه، فجعل لها ميراث ولدها

(١) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) مثبتة من النسخة الثالثة.
(٣) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

المنفي باللعان، وخرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالإجماع، بقي الباقي على مقتضى العموم.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه ﷺ ورَّث الملاعنة من ابنها أي: ورثها جميع المال، ولأنها من وارثه بالرحم فكانت أحق بماله من بيت المال للعصابة(١).

وأما قوله تعالى: ﴿فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء:١٧٦] فلا ينفي أن يكون لها زيادة عليه بسبب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [النساء:١١]، لا ينبغي أن يكون للأب السدس وما فضل عن البنت بجهة التعصيب؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ﴾ [النساء:١٢] لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى، وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم، والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة، كذا هذا تستحق النصف بالفرض، والباقي بالرد.

وأما الزوجان فليسا من ذوي الأرحام، وأما كون الردِّ مقدَّمًا على ذوي الأرحام؛ لما أن أصحاب الفروض ساووا ذوي الأرحام وترجحوا بالقرب، وتبين من ذلك أن الرد إنما يكون باعتبار الرحم لا بالعصوبة ولا بالفرضية، والزيادة على النص بالنص، وذلك جائز كما أن نقصان الحَدِّ الشرعي في العول جائز بالإجماع، وفي الجدة قال ابن عباس: لا يرد عليها؛ لأنها تُدْلِي(٢) بالأنثى، والإدلاء بالأنثى ليس بسبب لاستحقاق العصوبة بحال، فكذا بالرد.

ولأن استحقاق الجدة ضعيف فلا تثبت المزاحمة بينها وبين ما كان سببه قويًّا في المستحق بالرد، فالتعليل الأول خاص في الجدة الأمية، والثاني عام في الأبوية والأمية.

وقال ابن مسعود: لا يرد في بنت الابن أيضًا؛ لأن البنت وبنت الابن في الرد بمنزلة الابن وابن الابن؛ فيكون الأقرب مقدمًا، وكذا نقول في الأخت لأب أن ابن الأخت لأب وأم والأخت لأب في الرد بمنزلة الأخ لأب وأم

---

(١) في الأصل: (للعصابة)، والمثبت من النسخة الثالثة.

(٢) في الأصل: (لا يردها لا تدلي) واستفدنا التصويب من النسخة الثالثة.

والأخ لأب، فيكون ذو القرابتين مقدمًا، وفي أولاد الأم لا يرد عليهم مع الأم كما لا تكون العصوبة لأولاد الأب مع الأب.

ولكن الصحيح قول العامة؛ لما ذكرنا أن ذا الرحم أولى من بيت المال، ثم إن كان في المسألة من يرد عليه لا غير ففي جنس واحد كبنتين أو أختين أو جدتين، فالمسألة من رؤوسهم أي: من اثنين، وفي الجنس فصاعدًا فمن سهامهم أي: في اثنين في سدسين كجدة وأختين لأم وهلُمَّ جرّا، فإن كان مع الأول من لا يرد عليه أعطي فرض من لا يرد عليه من مخرجه، فإن استقام الباقي على رؤوس من يرد عليه كزوج وثلاث بنات وإلّا فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه إن وافق رؤوسهم الباقي، كزوج وست بنات، وإلا فاضرب كل رؤوسهم، والمبلغ هو التصحيح، كزوج وخمس بنات، وإن كان مع الثاني لا يرد عليه فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه، والمبلغ مخرج فرض الفريقين، كزوجة وبنتين وجدة، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه، وسهام من يرد فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه، ثم إن انكسر على البعض صحح المسألة كما عرف.

فصل في التصحيح

وهو تفعيل من الصحة التي هي ضد السقم، والمراد منه هاهنا إزالة الكسر الذي يقع بين رؤوس كل فريق من الورثة وبين سهامهم من أصل المسألة، ولا بد لمعرفة التصحيح من سبعة أصول: ثلاثة بين [السهام][(١)] والرؤوس، وهي: الاستقامة، والموافقة، والمباينة، وأربعة بين الرؤوس، وهي: التماثل، والتداخل، والتوافق، والتباين.

أما الاستقامة: وهي أن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم بلا كسر.

والموافقة: أن يكون الكسر على طائفة واحدة، ولكن بين سهامهم ورؤوسهم [موافقة][(٢)] فيضرب وفق عدد رؤوس من انكسر عليهم في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة.

صورة العادلة: أبوان وعشر بنات، فالمسألة من ستة، للأبوين السدسان،

(١) مثبتة من النسخة الثانية.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

وذلك سهمان يستقيم عليهما، وللبنات الثلثان، وذلك أربعة لا [٢/ ٥٥٧/ ب] تستقيم على عشر، ولكن بين العددين موافقة بالنصف؛ لأن العدد العاد لهما اثنان، وهو مخرج النصف، فيضرب نصف عدد رؤوسهم في أصل المسألة، وذلك ستة تبلغ ثلاثين، فمنه تصح المسألة.

وصورة العائلة: زوج وأبوان وست بنات، فالمسألة من اثني عشر، وتعول إلى خمسة عشر، للزوج الربع ثلاثة يستقيم عليه، وللأبوين السدسان أربعة يستقيم عليهما، وللبنات الثلثان ثمانية لا يستقيم عليهن، ولكن [بين](١) العددين موافقة بالنصف؛ فيضرب نصف عدد رؤوسهن في أصل المسألة وعولها، وذلك خمسة عشر تبلغ خمسة وأربعين، فمنه تصح المسألة.

والثالث أن لا يكون بين سهامهم ورؤوسهم موافقة، فيضرب كل عدد رؤوس من انكسر عليهم في أصل المسألة، كزوج وخمس أخوات لأب.

أصل المسألة من ستة، وتعول إلى سبعة، للزوج النصف ثلاثة تستقيم عليه، وللأخوات الثلثان أربعة لا يستقيم عليهن، ولا موافقة بين العددين؛ فيضرب عدد رؤوسهن في أصل المسألة وعولها، وذلك سبعة تبلغ خمسة وثلاثين، فمنها تصح المسألة.

وأما الأربعة فتفسير التماثل أن يكون أحد العددين مساويًا للآخر؛ لأنه تفاعل من المثل والمثلية.

والتداخل بين العددين أن يعد أقلهما الأكثر أي: يفنيه، أو يكون الأكثر منقسمًا على الأقل قسمة صحيحة أو يزيد على الأقل مثله أو أمثاله؛ فيساوي الأكبر، كالأربعة مع اثني عشر، فإنه إذا زيد على أربعة مثلاها يساوي الاثني عشر، وهذا من قبيل تغاير اللفظ والمعنى واحد، يعرف بالتأمل.

وتوافق العددين أن لا يعد أقلهما الأكثر بل يعدهما عدد ثالث، كالثمانية مع العشرين يعدهما أربعة، فهما متوافقان بالربع؛ لأن الأربعة مخرج الربع وعلى هذا القياس.

وتباين العددين ألا يعدهما عدد ثالث كالتسعين مع العشرة لا يعدهما إلا

(١) مثبتة من النسخة الثانية.

الواحد، وأنه ليس بعدد، وإذا عرفت ذلك فإن وقع الكسر على [طائفتين][١] أو أكثر، ولكن بين عدد رؤوسهم مماثلة، كسِتِّ بنات وثلاث جدات وثلاثة أعمام، فالمسألة من ستة: للبنات الثلثان، وللجدات السدس، وللأعمام الباقي، فالثلثان وهو الأربعة لا يستقيم على ست بنات، ولكن بين سهامهن ورؤوسهن موافقة بالنصف، فأخذنا نصف عدد رؤوسهن، وذلك ثلاثة، وللجدات السدس واحد لا يستقيم عليهن ولا موافقة، فأخذنا جميع عدد رؤوسهن، وكذا للأعمام سهم ولا يستقيم عليهم، فأخذنا جميع عددهم حصل معنا ثلاثة وثلاثة وثلاثة يضرب أحدهما في أصل المسألة، وذلك ستة تبلغ ثمانية عشر، فمنها تصح المسألة.

ولو ترك أربع زوجات، وثلاث جدات، واثني عشر عمًّا فالمسألة من اثني عشر، للزوجات الربع ثلاثة لا يستقيم عليهن ولا موافقة بين العددين، فأخذنا عدد رؤوسهن، وللجدات السدس اثنين لا يستقيم عليهن ولا موافقة بين السهام والرؤوس، فأخذنا جميع عدد رؤوسهن، وللأعمام الباقي وذلك سبعة لا يستقيم عليهم ولا موافقة بين السهام والرؤوس، أخذنا جميع عدد رؤوسهم، يحصل معنا ثلاثة وأربعة واثني عشر يضرب أكثر الأعداد وهو اثني عشر في أصل المسألة، وذلك اثني عشر أيضًا يبلغ مائة وأربعة وأربعين، فمنها تصح المسألة.

ولو ترك أربع زوجات، وثماني عشرة بنتًا، وخمسة عشر جدة، وستة أعمام، فالمسألة من أربعة وعشرين، للزوجات الثمن ثلاثة لا يستقيم عليهن ولا موافقة بين السهام والرؤوس، أخذنا عدد رؤوسهن أربعة، وللبنات الثلثان ستة عشر وبين السهام والرؤوس موافقة بالنصف، أخذنا نصف عدد رؤوسهن تسعة، وللجدات السدس أربعة لا يستقيم عليهن ولا موافقة بين السهام والرؤوس، أخذنا جميع عدد رؤوسهن خمسة عشر، وللأعمام الباقي سهم ولا موافقة بين السهام والرؤوس، أخذنا جميع عدد رؤوسهم ستة، حصل لنا أربعة وستة وتسعة وخمسة عشر، طلبنا الوفق بينه وبين التسعة، فوجدنا بينهما موافقة بالثلث، فيضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر، يبلغ ستة وثلاثين، ثم طلبنا الوفق بينه وبين خمسة عشر، فوجدنا بينهما أيضًا موافقة بالثلث، فيضرب ثلث أحدهما في

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

جميع الآخر، يبلغ ثمانية وثمانين، فيضربها في أصل المسألة أربعة وعشرين، يبلغ أربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين، [٢/٥٥٨/أ] فمنها تصح المسألة.

ولو ترك امرأتين، وعشر بنات، وست جدات، وسبعة أعمام، فالمسألة من أربعة وعشرين، للمرأتين الثمن لا يستقيم عليهما ولا موافقة بين السهام والرؤوس، أخذنا عدد رؤوسهما، وللبنات الثلثين ستة عشر لا يستقيم عليهن ولكن بين السهام والرؤوس موافقة بالنصف، أخذنا نصف عدد رؤوسهن خمسة، وللجدات السدس أربعة لا يستقيم عليهن وبينهما موافقة بالنصف، أخذنا نصف عدد رؤوسهن ثلاثة، وللأعمام الباقي سهم لا ينقسم عليهم ولا موافقة بينهما، أخذنا جميع عدد رؤوسهم سبعة، فحصل معنا اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة، وبين هذه الأعداد مباينة نصف الاثنين في الثلاثة، ثم المبلغ في الخمسة، ثم المبلغ في السبعة، ويضرب المبلغ وهو مائتان وعشرة في أصل المسألة أربعة وعشرين، تبلغ خمسة آلاف وأربعين، فمنها تصح المسألة.

ولو أردت معرفة نصيب كل فريق والواحد منهم فاضرب ما كان لكل فريق من أصل المسألة، يعني في الذي سميته المضروب، وهو إما عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام، أو المجتمع من ضرب بعض الأعداد في البعض إذا كان الكسر على طائفتين أو أكثر، كان للمرأتين من أصل المسألة ثلاثة أسهم، اضربها في المضروب وذلك مائتان وعشرة، تبلغ ستمائة وثلاثين، فهي لهما، وللبنات ستة عشر، اضربها في المضروب مائتين وعشرة، تبلغ ثلاثة آلاف وثلاثمائة وستين، فهي للبنات، والجدات أربعة اضربها في المضروب سبع وثمانية وأربعين، فهي للجدات، وللأعمام سهمًا، اضربه في المضروب، يكون مائتين وعشرة فهو لهم.

ولو أردت أن تضرب نصيب كل واحد من آحاد الفريق فاقسم ما كان لكل فريق من أصل المسألة على عدد رؤوسهم، ثم اضرب الخارج في المضروب، فالحاصل نصيب كل واحد، فللمرأتين ثلاثة، اقسمها عليهما، فالخارج سهم ونصف، فاضربه في المضروب وهو مائتان وعشرة، يحصل ثلاثمائة وخمسة عشر، فهي لكل واحدة منهما، وكذا في البنات، والجدات، والأعمام.

فللأعمام سهم، فاقسمه عليهم، فالخارج سبع سهم، فاضربه في

المضروب، يحصل ثلاثون، فهو لكل عم.

وجه آخر: أن تقسم المضروب على أيِّ فريق شئت، ثم اضرب الخارج في نصيب الفريق الذي قسمت عليهم المضروب، فالحاصل نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق، كما في هذه المسألة.

وجه آخر: وهو طريق النسبة وهو الأوضح، وهو أن ينسب سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم مفردًا، ثم يعطي بمثل هذه النسبة من المضروب لكل واحد من آحاد الفريقين، كما في هذه المسألة، فانسب سهام المرأتين ثلاثة إليهما، فكانت النسبة مثلًا ونصفًا، فأعط لكل واحدة منهما مثل المضروب ومثل نصفه، وذلك ثلاثمائة وخمسة عشر، وكذا في البنات، والجدات، والأعمام، وإنما هو واضح؛ لأنه لا يحتاج إلى الضرب والقسمة، بخلاف الوجهين الأولين.

قال صاحب الصحائف في فرائضه: إن العلماء طوَّلوا في علم الفرائض بمحاسبات كثيرة وأعمال عسيرة تحتاج إلى الهندسة والحساب، ويلزمهم تكرير الأعمال تارة للسهام، وأخرى للمال، وإذا كثر غوامض الحساب كثر عوارض السهو والنسيان، ولا حاجة إلى تلك التكاليف والتضاعيف؛ إذ يكفي فيه طريق واضح سهل، يفهمه كل عاقل، وما بعث إلينا خاتم النبوة إلا بالحنيفية السمحة السهلة، فنذكره تذكرة للأحباب، متوكلًا على العزيز الوهاب، وهو مشتمل على مقدمة وأبواب.

أما المقدمة ففي الحساب، وفيها فصول:

الأول: اعلم أن مراتب الأعداد غير متناهية، لكنها تدور على ثلاثة أصول، كل منها تسعة عقود، الآحاد من الواحد إلى التسعة، والعشرات وهي من العشرة إلى تسعين، بزيادة عشرة عشرة، والمئات وهي من المائة إلى تسعمائة، بزيادة مائة مائة، وما تتلو هذه الثلاثة يكون واحدها مضافًا إلى ألف.

يقال: آحاد ألوف، عشرات ألوف، مئات ألوف، ألوف ألوف، عشرات [٢/٥٥٨/ب] ألوف [الألوف][١]، مئات ألوف ألوف، وعلى هذا إلى غير النهاية.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

وجعلوا آلاف مقام آحاد الألوف تحقيقًا، وكذا كل ما يقع في الأدوار بحذائها.

الثاني: كل عقد فرض في مرتبة يكون مثله في المرتبة الثانية عشر أمثاله، وفي المرتبة الثالثة مائة أمثاله، وفي المرتبة الرابعة ألف أمثاله، وعلى هذا؛ فيكون نصف مثله فالمرتبة الثانية كخمسة أمثاله، ومثله عشرين مثلًا له، ونصف مثله في المرتبة الثالثة خمسين مثلًا، وضعفه مائتي مثل، وعلى هذا القياس في المرتبة الباقية؛ فستون[(١)] عشرة أمثال ستة، وثلاثون خمسة أمثالها، ومائة وعشرون عشرون مثلًا.

الثالث: في القسمة، هي طلب نصيب الواحد من المقسوم عليه من المقسوم، ونصيب الواحد بقدر ما في المقسوم مقدار ما في المقسوم من أمثال المقسوم عليه، إن كان معلومًا وهو المطلوب كقسمة المائة على عشرين، فإن أمثال عشرين في المائة وهو خمسة معلوم، وهو المطلوب وإن لم يكن معلومًا نأخذ من المقسوم ما يكون مقدار أمثال المقسوم عليه فيه معلومًا، ونأخذ الأمثال منه ونحفظها ونعمل بالباقي كذلك إلى أن لا يبقى شيء من المقسوم، ويبقى أقل من المثل، وحينئذ تنسبه إلى المقسوم عليه، ويجمع الحاصل كقسمة المائة إلى الثمانية، فعدد الأمثال في ثمانين معلوم وهو عشرة، بقي عشرون، نأخذ الأمثال خرج اثنان من ستة عشر، وبقي أربعة تنسبها إلى الثمانية، يكون نصفا، فحصل اثني عشر ونصف، وهو المطلوب.

ولو قسم نصف المقسوم على نصف المقسوم عليه أو ثلثه على ثلثه أو ربعه على ربعه، وعلى هذا أي كسر كان يحصل المطلوب، ففي قسمة المائة على الثمانية [يكفي][(٢)] قسمة خمسين على الأربعة، أو قسمة خمسة وعشرين على اثنين، وهذا [تخفيف][(٣)] لطيف، ولو قسم نصف المقسوم على المقسوم عليه وضعت الحاصل، أو قسم المقسوم على نصف المقسوم عليه ونصف الحاصل حصل المطلوب، وكذا بالنسبة إلى كسور أخرى، وبعد ذلك شرع في الأبواب.

---

(١) في الأصل: (فيكون)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

قال شيخي العلامة الصحائفي: لم يعرف مقصود العلماء من تلك المحاسبات والأعمال، [فنشرع][(١)] في طعنهم من غير روية، أو لا يتم مقصودهم إلا بتلك المحاسبات، وذلك أن غرضهم بيان نصيب كل واحد من الورثة على سبيل التحقيق والتوضيح شائعًا من غير نظر منهم إلى القسمة، وأفراد الأنصباء إذا ترك بنتا وابنا فقيل: للابن سهمان من ثلاثة، وللبنت سهم، فهذا ليس بقسمة بل بيان نصيب كل واحد منهما من التركة على الشيوع.

ثم القسمة أمر آخر بعد ذلك، ولها أحكام على حدة، ولا يتم مقصودهم في هذا البيان إلا بالطريق الذي اختاروه، فهذه الضرورة دعتهم إلى ذلك، ويبين هذا في صورة، وهي ما إذا ترك خمس بنات وجدتين وثلاثة أعمام، فسألوا عن نصيب كل فريق، فلا بد من أن يقال للبنات الثلثان، وللجدتين واحد من ستة، وللأعمام منهم واحد منها أيضًا، فإن سألوا عن نصيب كل منهم من التركة لا يستقيم أن يقال: لكل بنت أربعة أخماس من[(٢)] ستة، ولكل عم ثلث سهم من ستة، ولكل جدة نصف سهم، منها واحد من اثني عشر وثلث سهم، منها واحد من ثمانية عشر، وأربعة أخماس سهم، منها واحد من سبعة ونصف، أو اثنان من خمسة عشر.

وهذه مخارج مختلفة، فاضطروا إلى التجنيس ليتبين نصيب كل واحد على التحقيق من مخرج واحد بدون التلفظ بكسر، وليظهر التفاوت بين الأنصباء في نسبة واحدة؛ إذ نسبته كل إلى المخرج فرد على السواء فبلغ المخرج بالتجنيس مائة وثمانين ضرورة، فتبين بهذا أن نصيب كل بنت أربعة وعشرون من هذا المخرج، ونصيب كل واحدة من الجدتين خمسة عشر، ونصيب كل عم عشرة، وهذا ليس بقسمة، بل هو بيان الأنصباء على الشيوع، وتعريفها على السائلين.

فأما القسمة فتمييز الأنصباء، وذلك أمر آخر بعد معرفة الأنصباء، ألا ترى أنه لو أمكن لهم بيان الأنصباء من مخرج لم يعتبروا فيه أكثر من ذلك؛ لعدم دعاء الضرورة إليه.

وفي الحقيقة ما قال الصحائفي راجع إلى ما قاله العلماء يعرف بالتأمل،

---

(١) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الاصل: (منهم) والمثبت من النسخة الثالثة.

ولهذا قال بعض مشايخنا: لا يحتاج في الفتوى إلى ذلك، وإنما احتاج إليه القسام، فإذا أمكنه قسمة نصيب الشائع بأن تكون التركة قابلة للقسمة، قسمه على قدر الأنصباء وإن لم يمكنه بأن [٢/ ٥٥٩/أ] تكون التركة غير قابلة للقسمة، فقد بينه في كتاب القسمة، بأن يقسمه بالقيمة عند البعض، أو يتركه شائعًا على قدر الأنصباء، والله أعلم.

فصل في قسمة التركات بين الورثة والغرماء

التركة: اسم من الترك، فَعِلَة بمعنى مفعول، كالطلبة اسم من الطلب، بمعنى المطلوبة.

وفي الصحاح: تركة الميت، يراد به المتروك.

اعلم أن القسمة بين الغرماء على قدر حقوقهم، ثم إن فضل شيء من التركة يقسم بين الورثة، فصحح المسألة أولًا كما ذكرنا، ثم إذا أردت أن تعرف نصيب كل فريق من التركة اطلب الوفق بين التصحيح وبين التركة، فإن كان بينهما مباينة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في جميع التركة، ثم اقسم المبلغ على جميع التصحيح، كزوج وأبوين وابن وبنتين، والتركة سبعة عشر دينارًا، فصحح المسألة أولًا من اثني عشر كما ذكرنا، تبلغ ثمانية وأربعين، للزوج اثني عشر، ولكل واحد من الأبوين ثمانية، وللابن عشرة، ولكل بنت خمسة، ثم اطلب الوفق بين ثمانية وأربعين وبين التركة، وهي سبعة عشر ولا موافقة بينهما، فاضرب سهام الزوج وهي اثني عشر في التركة وهو سبعة عشر، واقسم الحاصل وهو مائتان وأربعة على التصحيح، وذلك ثمانية وأربعون تخرج أربعة دنانير وربع دينار، وهي للزوج من التركة، ثم اضرب سهام الأب من التصحيح، وذلك ثمانية في السبعة عشر، واقسم الحاصل وهو مائة وستة وثلاثون على الثمانية والأربعين، يخرج ديناران وخمسة أسداس دينار، وهي للأب من التركة، وكذلك [للأم، ثم][١] اضرب سهام ابن، وهي عشرة في سبعة عشر، واقسم الحاصل وهي مائة وسبعون على الثمانية والأربعين، يخرج ثلاثة دنانير ونصف دينار وطسوج، وهي للابن من التركة، ثم اضرب سهام كل بنت في

---

(١) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

سبعة عشر، واقسم الحاصل وهو خمسة وثمانون على الثمانية والأربعين، يخرج دينار وثلاثة أرباع دينار وحبة، وهي لكل بنت.

أما إذا كان [بين][١] التصحيح من التركة موافقة، فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة، ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح، فالخارج نصيب ذلك، هذا لمعرفة نصيب كل فرد.

أما لمعرفة نصيب كل فريق فاضرب ما كان لكل فريق من أصل المسألة على وفق التركة إن كانت موافقة بين التركة، والمسألة كما ذكرنا، ثم اضرب المبلغ على وفق المسألة، وإن كان بينهما مباينة فاضرب سهام كل فريق في كل التركة، ثم اقسم الحاصل على جميع المسألة، فالخارج نصيب ذلك الفريق.

أما في قضاء الديون إذا كانت التركة لم تفِ بالديون، والغريم أكثر من واحد اطلب الوفق بين مجموع الديون وبين التركة، فإن كانت بينهما مباينة فاضرب دين كل فريق في مجموع التركة، ثم اقسم الحاصل على مجموع الديون، كما لو كانت التركة سبعة عشر والديون ثمانية وأربعون دينارًا، لزيد اثني عشر، ولعمرو ستة عشر دينارًا، ولبكر عشرون دينارًا، وبين سبعة عشر وثمانية وأربعين مباينة، فاضرب دين زيد في جميع التركة، واقسم الحاصل على ثمانية وأربعين، يخرج أربعة دنانير وربع دينار، وعلى هذا إلى آخر ما ذكرنا في تصحيح التركة.

فصل في مقاسمة الجد

قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه ومن تابعه من الصحابة والتابعين عبد الله بن عباس، وعبد الله بن الزبير، وعبد الله بن عمر، وعثمان، وعائشة، وأبي بن كعب، وأبو الدرداء، ومعاذ بن جبل، وأبو موسي الأشعري، وعمران بن الحصين، وجابر بن عبد الله، وأبو الطفيل، وعبادة بن الصامت، وأبو هريرة، وعطاء، وطاوس، وجابر بن زيد، وقتادة، وإسحاق، ونعيم بن حماد، وأبو ثور، وأبو حنيفة، وأحمد، والمزني، وابن سريج، وابن اللبان، وابن المنذر، وداود، وعبد الله بن عيينة، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وابن سيرين

---

(١) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

رضي الله عنهم: الجد يسقط جميع الإخوة والأخوات من جميع الجهات، كما يسقطهم الأب، وبقول أبي حنيفة يفتى.

وقال علي، وزيد بن ثابت، وابن مسعود رضي الله عنهم: يرثون معه ولا يحجبون به، وبه قال الشافعي، ومالك، والأوزاعي، والنخعي، وأبو يوسف، ومحمد رحمهم الله.

قال شيخ الإسلام في فرائضه: إنما المختار قول أبي بكر؛ لأنه ثبت [٢/ ٥٥٩/ب] على هذا، ولم تتعارض عنه الرواية، فأما من غيره فقد تعارضت الروايات.

قال عبيدة السلماني: حفظت عن عمر في الجد سبعين قضية يخالف بعضها بعضًا، وفي رواية عنه أن عمر قضى في الجد بمائتي قضية، وفي رواية أن عمر جمع الصحابة في بيت فقال: لا بد لكم أن تتفقوا في الجد على شيء، فسقطت حية من سقف البيت وحملت عليهم فخرجوا مذعورين وتفرقوا، فقال عمر: فأبى الله ارتفاع هذا الخلاف.

واجتمعت الصحابة على أن عمر مات وليس له في الجد قول، ولاختلاف الصحابة امتنع بعض العلماء عن الفتوى في الجد، وكره الكلام فيه، وأما عامة العلماء فأفتوا فيه، فأفتى فيه محمد بن سلمة بالاصطلاح، وأبو نصير الدبوسي بأن الإخوة أولى، والمرغيناني بأن الجد أولى، وبه قال محمد بن إبراهيم الميداني، والفقيه أبو إسحاق الضرير، واختار شمس الأئمة السرخسي قولهما.

قال التمرتاشي: الأفضل عندي ما اختاره الفضلي، أن يدفع إليه ما اجتمعت عليه الصحابة وهو السدس، ويصطلح منه عن الباقي، واحتج من ورثهم مع الجد بما روي عن علي رضي الله عنه أنه شبه الأخوين بشجرة أنبتت غصنين، والجد مع النافلة شجرة نبت منها غصن، ثم نبت من غصنها غصن، فالفرق[١] [بين][٢] غصني الشجرة أظهر من الفرق بين أصلي الشجرة والغصن النابت من غصنها؛ لأن بين الغصنين مجاورة بغير واسطة، وبين الغصن الثاني وأصل

(١) في الأصل: (فالقرب) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) مثبتة من النسخة الثالثة.

الشجرة مجاورة بواسطة الغصن الأول، فعلى هذا ينبغي أن يُقدَّمَ الأخ على الجد؛ لأن العصوبة تبنى على القرب، إلا أن في جانب الجد معنى آخر وهو الولاد، فتأبد بذلك المعنى اتصاله بالنافلة، وبالولاد يستحق الفريضة وهو السدس من له اسم الأبوة، قال تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء:١١] فلا يستقيم نصيب الجد عن السدس باعتبار الولاد بحال، وتأبد بهذا الولاد وقرابته من الميت؛ فيكون مزاحمًا للإخوة يقاسمهم إذا كانت المقاسمة خيرًا له من السدس.

وعن زيد أنه شبه الأخوين بوادٍ يتشعب منه نهران، والجد مع النافلة بوادٍ يتشعب منه نهر، ثم يتشعب من النهر جدول، فالقرب بين النهرين أظهر منه بين الجدول وأصل الوادي، وهذا التشبيه من حيث المعنى نظير التشبيه من الشجرة، يقول: ابن الأخ والجد إذا استويا في الإدلاء إذ كل واحد يدلي إلى الميت بواسطة الأب، ثم للأخ زيادة ترجيح من وجه وهو الإدلاء بالبنوة، وللجد بالأبوة، والبنوة في العصوبة مقدمة على الأبوة، ولكن للجد ترجيح آخر وهو الولاء، فإنه مقدم في استحقاق الميراث على غير الولاد، ولهذا يقدم البنون على الإخوة في العصوبة، والبنات على الأخوات في الفرض، وبذلك الولاد استحق الجد الفريضة، وصاحب الفرض مقدم على العصبة.

فقلنا: في الفرض المستحق بالولاد يجعل الجد مقدمًا، وإذا آل الأمر إلى العصوبة يعتبر الولاد، وهو مستوفي في ذلك، ولكل واحد منهما ترجيح، فيقع التعارض ويكون المال بينهما بالمقاسمة، ولهذا لا يثبت المزاحمة لأولاد الأم مع الجد؛ لأن إدلاءهم بالأم، ولا تأثير لقرابة الأم في استحقاق العصوبة بها.

واحتج من ذهب إلى مذهب أبي بكر رضي الله عنه بقوله ﷺ: «**أَلْحِقُوا الفَرائِضَ بِأَهْلِها**» وما بقي فلأولى عصبة ذكر، والجد أولى من الأخ، أولى في العصوبة؛ لما ذكرنا أن قرابته قرابة الولاد والبعضية.

وبما نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ألَا يتقي اللهَ زيدٌ، يجعل ابن الابن ابنًا أي: في سقوط الأخ[١]، ولا يجعل أب الأب أبًا، معناه ابن الابن يحجب

(١) في الأصل: (الأ) والمثبت من النسخة الثالثة.

جميع الإخوة لاتصاله بالميت بالولادة والبنوة، فكذلك أب الأب؛ لأن اتصاله وقربه بالولادة، والأبوة كما ذكرنا مع أن الجد يستحق اسم الأب عند عدم الأب، قال تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحج:٧٨]، وقول يوسف ﴿وَٱتَّبَعْتُ مِلَّةَ ءَابَآءِىٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ﴾ [يوسف:٣٨].

وقال ﷺ: «**اِرْمُوا بَني إسماعيلَ فإنّ أباكُم كانَ رامِيًا**» وقال: «**سامُ أبو العربِ، وحامُ أبو الحَبشِ، ويافِثُ أبو التُّركِ**»، كذا في شرح السرخسي.

وفي شرح خواهر زاده: أما القول بمشاركة الجد مع الإخوة بالتعصيب كما قال زيد فمتعذر؛ لأن سبب عصوبتهما مختلفة، فإن سبب عصوبة الجد الجزئية والبعضية، وسبب عصوبة الأخ المجاورة في صلب ورحم، أو في صلب، والمشاركة في العصوبة إذا اختلف جهة العصوبة غير مشروع، فإن العصبتين [٢/ ٥٦٠/أ] إنما تشتركان إذا استويا في القرب واتحد سبب عصوبتهما، وكذا القول بالفرض كما قاله زيد متعذر لوجهين:

أحدهما: أن الفرض إنما ثبت بالنص أو الإجماع ولم توجد، ولأنه لو جعل صاحب فرض استدلالًا بالأب فمتعذر أيضًا؛ لأن الأب حال وجود الولد جعل صاحب فرض، فأما حال عدم الولد جعل عصبة، فإذا كان كذلك تعذر توريث الجد بالفرض وبالعصوبة مع الإخوة، وإذا تعذر توريثهما جميعا وجب اعتبار أحدهما وإسقاط الأخ، فإسقاط الأخ أولى؛ لأن إسقاط الجد متعذر(١) بالإجماع، ولا إجماع في الأخ.

هذه المسألة من المعضلات، عن علي أنه قال: سلوني عن جميع المعضلات إلا عن مسألة الجد. وعنه أنه قال: من أراد أن يقتحم في جراثيم جهنم فليقض في الجد.

قيل: إذا سئل الشعبي عن مسألة الفرائض هاب إن لم يكن جدًّا، ثم اختلف القائلون بتوريثهم مع الجد في كيفية القسمة، فقال علي رضي الله عنه: يقاسمهم ما لم ينتقص حظه من السدس، فإذا انتقص يعطى له السدس والباقي بين الإخوة؛ لأن فرض الأب السدس لا ينتقص حقه منه، فكذا الجد.

---

(١) في الأصل: (متعدد) والمثبت من النسخة الثالثة.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقاسمهم إلى الثلث في زمن عمر بالمدينة، فلما حصل إلى العراق قاسمهم إلى السدس.

وقال زيد: إذا اجتمعوا مع الجد كان الجد كأحدهم يقاسمهم ما لم تنقص المقاسمة من الثلث، فإن نقصه فرض له الثلث والباقي بين الإخوة ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، وبنو العلات يدخلون في القسمة مع بني الأعيان إضرارا للجد، فإذا أخذ الجد نصيبه يخرجون خائبين، والباقي لبني الأعيان؛ لأن بني العَلّات يرثون مع الجد حال عدم بني الأعيان، وإن لم يرثوا معهم فيجب اعتبارهم في حق الجد كما اعتبروا في حق حجب الأم، كما لو ترك أمًّا وأخوين أحدهما لأب، فللأم السدس، والباقي للأخ لأب وأم، وكما في أبوين وأخوين يعتبران لتنقيص نصيب الأم دون الاستحقاق، كذا ذكره التمرتاشي.

ولأنه إذا كانت أخت واحدة من بني الأعيان تأخذ نصف الكل بعد نصيب الجد؛ لأن حظها لا يزاد على النصف، ولا ينقص منه مع وجود بني العلات، فإن بقي شيء فلبني العلات كما لو كان مكان الجد صاحب فرض آخر.

مثال ذلك: جد وأخ، المال بينهما نصفان؛ لأن المقاسمة خير له، جد وأخوان المال بينهم أثلاث؛ لاستواء المقاسمة والثلث هاهنا، جد وثلاثة إخوة، ففرض الجد الثلث، والباقي بين الإخوة؛ لأن المقاسمة في هذه الصورة تنقصه من الثلث، فلو كانت الأخت لأب وأم وأختين لأب تأخذ الأخت لأب وأم النصف بعد نصيب الجد، والباقي للأختين لأب، فإن كان فيهم ذو فرض يعطى فرضه ثم ينظر في الباقي للجد بثلاثة أحوال: المقاسمة، أو ثلث ما يبقى، أو سدس جميع المال، فيعطى ما يتوجب له منها، والباقي بين الإخوة والأخوات ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾.

مثال ذلك: جد، وأخ، وزوج، للزوج النصف، والباقي بين الجد والأخ؛ لأن المقاسمة خير له، وكذا مع الزوجة جدة وجد وأخوان وأخت، للجدة السدس، وللجد ثلث ما يبقى، والباقي للأخوة ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾؛ لأن ثلث ما يبقى خير له.

جد وجدة وبنت وأخوان، للجدة السدس، وللبنت النصف، وللجد السدس؛ لأن السدس خير له.

بنت وجد وأخت، فللبنت النصف، والباقي بين الجد والأخت ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ عند زيد، وعند علي: للبنت النصف، والباقي بين الجد والأخت نصفان، وهذه فريعات ابن مسعود.

ثم اعلم أن زيد بن ثابت لا يجعل الأخت لأب وأم أو لأب صاحبة فرض مع الجد إلا في الأكدرية، وهي زوج وأم وجد وأخت لأب وأم أو لأب، للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وللأخت النصف، ثم يضم الجد نصيبه إلى نصيب الأخت، فيقسمان ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾؛ لأن المقاسمة خير للجد بعد ما أعطى فرضيهما.

فأصل المسألة من ستة، وتعول إلى تسعة، وتصح من سبعة وعشرين؛ لأن سهام الأخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة، ولا يستقيم الأربعة على ثلاثة، فضربنا الثلاثة في أصل المسألة وهو تسعة بلغ سبعة وعشرين، ومنها تصح المسألة، وإنما جعلها صاحبة فرض في الابتداء؛ [٢/ ٥٦٠/ب] لأنه لو لم يجعلها صاحبة فرض في الابتداء تحرم عن الميراث ولا وجه لحرمانها؛ لأنه لم يوجد من يحجبها، وإنما جعلها[1] عصبة في الانتهاء؛ إذ لو لم يجعلها عصبة صارت[2] نصيبها ثلاثة أمثال نصيب الجد، وذلك لا يجوز؛ لأن الجد بمنزلة الأخ عنده، ولا يجوز أن يكون نصيب الأخت أكثر من نصيب الأخ.

وسميت هذه المسألة أكدرية؛ لأنها واقعة [امرأة من بني][3] أكدر، واشتبه على زيد مذهبه فيها فنسبت إليها.

وقيل: سميت أكدرية؛ لأن عبد الملك بن مروان سأل فقيها اسمه أكدر عنها، فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ.

وقيل: سميت بها لتكديرها لأصول زيد في الجد، فإنه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد، وفرض الأخت معه، ولا يفرض لأخت مع جد، وجمع سهامه وسهامها فقسمه بينهما ولا نظير لذلك.

وقيل: هذا لا يصح؛ لأن الأكدر لم يؤخذ من التكدير.

---

(١) في الأصل: (جعلتها) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بعدها في الأصل: (ثلاثة) والسياق بدونها أليق.
(٣) بياض في الأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

والصحيح: أنها منسوبة إلى صاحبة الواقعة، وأهل العراق يسمونها أم الفروخ؛ لأنها لو حركت ازدادت بنتًا، ولو كانت مكان الأخت أخ أو أختان فلا عول ولا أكدرية؛ لأن السدس خير للجد، ولأن الأخ عصبة، فلم يمكن لزيد أن يجعله صاحب فرض، فاضطر إلى حرمانه بخلاف الأكدرية، فإنه يمكنه جعل الأخت صاحبة فرض، وكذا إذا كانت مكانها أختان فلا عول؛ لأن الأختين يحجبان الأم من الثلث إلى السدس، والأكدرية أيضًا؛ لأن أصول زيد فيها مستقيمة.

واختلف أهل العلم في الأكدرية فقال أبو بكر ومن تبعه: يسقط ويجعل الثلث للأم، وما بقي للجد.

وقال عمر وابن مسعود: للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، وعالت [المسألة][1] إلى ثمانية، وجعلوا للأم السدس؛ كيلا يفضلوها على الجد.

وقال عليّ: للزوج وللأخت النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، كقول زيد إلا أنه أبقى للأخت النصف، وللجد السدس، ولا يضم نصفها إلى سدس الجد حتى تقاسمه كما فعل زيد، ولو كانت أم وأخت وجد، فللأم الثلث، وما بقي بين الجد والأخت على ثلاثة أسهم، للجد سهمان، وللأخت سهم.

وسميت هذه المسألة خرقاء؛ لكثرة اختلاف الصحابة فيها، فكأن الأقوال خرقتها، وفيها سبعة أقوال:

قال أبو بكر ومن تبعه: للأم الثلث، والباقي للجد.

وقال زيد ومن تبعه: للأم الثلث، والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة أسهم. أصل المسألة من ثلاثة، وتصح.

وقال عليّ: للأخت النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس.

وقال عثمان: المال بينهم أثلاثا، للأم الثلث، وللأخت الثلث، وللجد الثلث، وهي مثلثة عثمان.

وعن عمر، وعبد الله بن مسعود: للأخت النصف، وللأم ثلث ما بقي، وما بقي للجد.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

وعن ابن مسعود رواية أخرى: للأخت النصف، والباقي بين الجد والأم نصفان؛ فتكون من أربعة، وهي من فريعات ابن مسعود، وتسمى هذه المسألة مسبعة أقوال، والمسدسة أيضًا؛ لأن معنى الأقوال ترجع إلى ستة.

وسأل الحجاج الشعبي عنها، فقال: اختلف فيها خمس من الصحابة، وذكر له عثمان وعليًّا وابن مسعود وزيدًا وابن عباس.

قال ابن حزم: فالعجب ممن ترك رواية صحت عن طائفة من الصحابة، ووردت عن جمهورهم وجمهور التابعين، وهو قول أبي بكر لرواية فاسدة لم تصح قط من أحد من الصحابة؛ لأن ما نقلوا عن زيد وعلي وعمر وعثمان وابن مسعود أسانيد غير صحيحة، واشتغل بهذه الفريعات المتناقضة بعضها [من](١) بعض.

فصل في ذوي الأرحام

هي جمع ذي رحم، والرحم في الأصل منبت الولد ووعاؤه، فسميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رَحِمًا، كذا في المغرب.

وفي الاصطلاح: كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة، سواء كانت قرابة(٢) من جهة الولاد أو من غيرها.

فعامة الصحابة يورثونهم وهم عمر، وعلي، وابن مسعود، ومعاذ بن جبل، وأبو الدرداء، وأبو عبيدة بن الجراح، وابن عباس في أشهر الروايتين عنه، ومن التابعين شريح، وعلقمة، والأسود، وعطاء، وطاووس، والحسن، وابن سيرين، ومجاهد، وإبراهيم، وعبيدة السليماني، وجابر بن زيد، وعمر بن عبد العزيز، وبه أخذ علماؤنا، وأحمد.

وكان زيد يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال، ومثله عن ابن عباس في رواية [٢/٥٦١/أ] شاذة، وبه قال سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، والثوري في رواية، والشافعي، ومالك، وأبو ثور، وداود، وابن جرير.

قال عطاء بن يسار روي أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء ليستخير الله تعالى

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (براسه) والمثبت من النسخة الثالثة.

في العمة والخالة فأنزل عليه: «أن لا ميراث لهما» رواه سعيد بن [منصور](١) في سننه.

ولأن العمة والخالة لا ترثان مع أخويهما، فلا ترثان منفردتين كالأجنبيات، وذلك لأن انضمام الأخ إليهما يؤكدهما ويقويهما، ولأن الميراث ثبت نصًّا ولا نص في هؤلاء.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥]، والمراد بالحلف بعضهم أولى بميراث بعض.

قال أهل العلم كان التوارث في بدء الإسلام ثم نسخ ذلك، وصار التوارث بالإسلام والهجرة، فلو كان له ولد ولم يهاجر لا يورثه، ويرثه المهاجر، وذلك قوله ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَلَمْ يُهَاجِرُوا۟ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَىْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا۟﴾ [الأنفال: ٧٢]، ثم نسخ ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾.

فإن قيل: المراد من الآية ذو رحم له فرض أو تعصيب بدليل قوله تعالى في كتاب الله وهو القرآن، وذكر في الكتاب ذو رحم له فرض وتعصيب.

قلنا: أراد بكتاب الله حكم الله، قال ﷺ: «**كلُّ شرطٍ ليسَ في كتابِ اللهِ فهوَ باطِلٌ**» أي: حكم الله؛ لأن حكمه عليه الصلاة والسلام كحكم الله؛ لإجماعنا أن من ذوي الأرحام من يرث وإن لم يكن له ذكر في القرآن، كالجد والجدة وابن الابن وفيه نوع تأمل.

ولأن الكتاب متى حمل على القرآن يلزم التكرار والإعادة بلا فائدة؛ لأن ذلك يستفاد [بآية](٢) المواريث، فالحمل على الإفادة أولى من الإعادة، وروى أحمد بإسناده عن سهل بن حَنيف: أن رجلًا رمي بسهم فقتله، ولم يترك إلّا خالًا، فكتب فيه أبو عبيدة إلى عمر، فكتب إليه عمر: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**الخالُ وارثُ مَن لا وارِثَ لهُ يَعقِلُ عنهُ ويَرِثُهُ**» أخرجه أبو داود، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

فإن قيل: المراد به من ليس له إلا خال فلا وارث له، كما يقال: الجوع

(١) ساقطة من الأصل، والمثبت هو الصواب.
(٢) غير واضحة بالأصل، وأثبتناها من النسخة الثالثة.

زاد من لا زاد له، والماء طِيبُ من لا طِيبَ له، والصبر حيلة من لا حيلة له، أو المراد بالخال السلطان.

قلنا: هذا لا يصح؛ لأنه قال: يرث ماله: وفي لفظ قال: يرثه، ولأن الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر بهذا جوابًا إلى أبي عبيدة بن الجراح حين سأله عن ميراثه، وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم. ولأنه ﷺ سماه وارثًا، والأصل الحقيقة.

وقولهم: إن هذا يستعمل للنفي، قلنا: يستعمل للإثبات أيضًا كقولهم: يا عماد من لا عماد له، ويا سند من لا سند له، ويا ذخر من لا ذخر له، مع أنه لا يجوز في بيان إثبات حكم الشرع النفي؛ لأنه يلزم الالتباس، وهذا لا يجوز من صاحب الشرع.

وقد روي أن ثابت الدحداح لما مات ولم يدع وارثًا ولا عصبة فقضى عليه الصلاة والسلام بميراثه لابن أخته أبي لبابة بن عبد الله بن المنذر، رواه أبو عبيد إلا أنه قال: لم يُخلِّف إلا ابنة أخ، ولأنه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض، وذلك لأنه ساوى الناس في الإسلام، وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم، ولهذا كان في حياته أحق بصدقته وصلته.

وأما حديثهم لم يكن في درجة حديثنا في الصحة، ولئن كان فرجح حديثنا؛ لأنه مثبت، والمثبت أولى من النافي، ولأن حديثنا موافق لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ﴾ الآية وهو بعد نزول الآية، أو يحمل ما روى الخصم على نفي توريث الخالة حال وجود صاحب فرض أو عصبة.

وقولهم: لا يرثان مع أخيهما، قلنا: لأن الأخ أقوى منهما، وأما قولهم: إن الميراث ثبت نصًا، قلنا: قد ذكرنا نصوصًا، ثم التعليل واجب مهما أمكن هاهنا، فلا يصار إلى التعبد المحض، ثم إنهم لا يرثون مع ذي سهم ولا عصبة ولا مع أحد الزوجين، فالباقي منه لهم، والرد مقدم عليهم، وإذا انفرد واحد منهم يأخذ الكل ذكرًا كان أو أنثى، قريبًا كان أو بعيدًا، ولا يعلم في هذا خلاف بين من ورثهم، وهم [٢/ ٥٦١/ب] أربعة أصناف:

صنف ينتمي إلى الميت: وهم أولاد البنات، وأولاد بنات الابن.

وصنف ينتمي الميت إليهم: وهم الأجداد الفاسدون، والجدات الفاسدات.

وصنف ينتمي إلى أبوي الميت: كبنات الإخوة لأب وأم، أو لأب، أو لأم، وأولاد الأخوات كلها.

وصنف ينتمي إلى جدي الميت: كالأعمام لأم، والعمات، وبنات الأعمام كلهم، وأولادهم، والأخوال، والخالات، وأولادهم.

فهؤلاء وكل من يدلي بهم ذوو الأرحام وأولاهم بالميراث الصنف الأول وإن كان أبعد، ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع على ترتيب العصبات؛ لأن قرابة الولاد أقرب من غيرها كما في أصولهم، وهو ظاهر الرواية، وعليه الفتوى.

وروى أبو سليمان عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله أن أقرب الأصناف الثاني وإن علَوا، ثم الأول وإن سفلوا، ثم الثالث وإن نزلوا، ثم الرابع وإن بعدوا، وتابعه في ذلك عيسى بن أبان عن أبي حنيفة.

قال شيخ الإسلام: حكي عن أبي عبد الله الفرضي ما رواه أبو سليمان عن محمد عن أبي حنيفة قوله الأول، وما رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة قوله الآخر، وعليه الفتوى.

وعن أبي يوسف ومحمد: أن أولاد الإخوة والأخوات أولى من الجد الفاسد، أب الأم أي: الصنف الثالث أولى من الصنف الثاني؛ لأنهما أولاد عصبة أو ذي سهم، ولا يقدم على أصولهم في التعصيب جد الأب عندهما بل يقاسمهم، فكذا في ذوي الأرحام، جد أبي الأم الذي هو في درجة أب الأب لا يقدم على أولادهم، إلا أن الجد والأخ استويا في العصوبة، فإن كل واحد ذكر يدلي إلى الميت بذكر عصبة، ولا يتصل كل واحد منهما بالميت بواسطة واحدة، وهاهنا لم يستويا، فإن أولاد الأخوات وبنات الإخوة لأب وأم والإخوة لأب أولاد العصبات والجدات والجد أب الأم ولد ذوي الرحم؛ لأنه ولد أب أب الأم.

وفي ذوي الأرحام متى استوت درجاتهم يقدم ولد صاحب الفرض أو العصبية على ولد ذوي الرحم، فصاروا مقدمين على الجدات الأم وأبو حنيفة مر على أصله أن الجد أب الأب في العصبات من كل وجه مقدم، ويحجب أولاد ابنه، وكذا في ذوي الأرحام يكون الجد أب الأم الذي هو في درجة أب الأب مقدمًا على أولاد الأخوات وبنات الإخوة وكذا ولد البنت، وإن سفل مقدم على

الجد أب الأم في قوله الآخر؛ لأن في العصبات الحقيقية الابن الصلبي وإن سفل مقدم على الجد وأولاد ابنه، فكذا في ذوي الأرحام.

وفي الحقيقة هذه المسألة فرع تلك المسألة، وهذا الترتيب المذكور عندنا، ويسمون مذهبنا مذهب أهل القرابة.

وقال أحمد: ينزل كل واحد منهم منزلة من سمت به من الورثة، فيجعل له نصيبه فإن بعدوا درجة درجة حتى يصلوا إلى من يتمون به، فيأخذون ميراثه، فإن كان واحدًا أخذ المال كله، وإن كانوا جماعة قسمت المال بين من يتمون به، فما حصل لكل وارث جعل لمن تمت به، فإن بقي من سهام المسألة شيء رد عليهم على قدر سهامهم، وبه قال النخعي، والشعبي، وعلقمة، ومسروق، وحماد، ونعيم، وشريك، وابن أبي ليلى، والثوري، والحسن بن زياد، وسائر من ورثهم.

وعن علي وعبد الله بن مسعود أنهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الأخ منزلة الأخ، وبنت الأخت منزلة الأخت، والعمة منزلة الأب والخالة منزلة الأم. وروي ذلك عن عمر.

وعن علي أيضًا أنه نزل العمة منزلة العم، وهو رواية عن أحمد، وعن الثوري، وأبي عبيد أنهما نزلا العمة منزلة الجد مع الإخوة والأخوات، ونزلها آخرون منزلة الجد وإنما صار هذا الاختلاف في العمة لإدلائها بأربع جهات، فالأب والعم أخواها والجد والجدة أبواها، ونزل قوم الخالة منزلة الجدة.

والصحيح أنها منزلة الأب، والخالة بمنزلة الأم؛ لما روي أنه ﷺ قال: «**العمَّةُ بمَنزلةِ الأبِ إذا لم يكُن بينَهُما أبٌ والخالةُ بمنزلةِ الأمِّ إذا لم يكُن بينَهما أمٌّ**» ولأن الأب أقوى جهات العمة، والأم أقوى جهات الخالة، فتعين تنزيلهما منزلتهما دون غيرهما، فإذا لم يكن توريثهما لجميع الجهات ورَّثْنا بأقواهما، فاحتجوا بأنهم فرع في الميراث على غيرهم، [٢/ ٥٦٢/أ] فوجب إلحاقهم بمن هو فرع له، وقد ثبت أن ولد الميت من الإناث لا يسقط ولد ابنه، فأولى أن لا يسقطهم ولد، فلو كانت بنت بنت بنت[1] وبنت بنت ابن، المال بينهما على أربعة،

(١) كذا بالأصل، وفي النسخة الثالثة: (ولو كانت بنت بنت وبنت بنت ابن).

فالنصف لبنت البنت، والسدس لبنت [بنت الابن](١)، فالمال بينهما على أربعة، فإن كان معهما بنت أخ فالباقي لها، ويصح من ستة، فإن كان معها خالة فلبنت البنت النصف، ولبنت بنت الابن السدس تكملة للثلثين، وللخالة السدس، والباقي لبنت الأخ، فإن كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الأخ، وأخذت الباقي؛ لأن العمة كالأب، فيسقط من هو بمنزلة الأخ، ومن نزلها عمًّا جعل الباقي لبنت الأخ، وأسقط العمة، ومن نزلها جدًّا قاسم بنت الأخ الثلث الباقي بينهما نصفين، ومن نزلها جدة جعل لها السدس، ولبنت الأخ الباقي.

وعندنا: لا ترث بنت الأخ مع بنت البنت، أو بنت بنت الابن، وكذا العمة والخالة معها، ومع بنت الأخ.

وقلنا: إنهم يرثون باعتبار القرابة والعصوبة، ولهذا يستحق الكل إذا انفرد، وإليه أشار قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] فاعتبرنا ترتيب القرابات كما في العصبات؛ إذ هم يرثون باعتبار قرابة أصولهم كما ذكرنا وقول أهل التنزيل يؤدي إلى قول فاحش وهو حرمان الميراث بكون المدلى به رقيقًا أو كافرًا، ولا يجوز أن يكون الإنسان محرومًا عن الميراث باعتبار معنى في غيره، فعلم أن استحقاقه باعتبار [وصف](٢) فيه وهو القرابة، لكن يقدم الأقرب بمعنى العصوبة.

فصل في الصنف الأول

أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت كبنت البنت أولى(٣) من بنت بنت الابن عندنا، وزفر، وعيسى بن أبان؛ لأنهم يرثون على سبيل التعصيب، فيعتبر الأقرب كما في العصبات.

وعند أحمد وأهل التنزيل: المال بينهما أرباعًا على قياس قول عليٍّ رضي الله عنه في الرد ثلاثة أرباعه كبنت البنت، وربعه لبنت بنت الابن؛ لأنه يرى الرد على بنت الابن مع بنت الصلب.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) في الأصل: (أوفى) والمثبت من النسخة الثالثة.

وعلى قياس قول ابن مسعود المال بينهما أسداس، سدسه لبنت بنت الابن، والباقي لبنت البنت ألا ترى الرد على بنت الابن مع بنت الصلب، وفي قول أهل الرحم نوح بن دراج وجيش بن مبشر: المال بينهما أنصافًا؛ لأن الاستحقاق بالوصف العام وهو الرحم ثابت بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ﴾ [الأنفال:٧٥]، وفيه الأقرب والأبعد سواء وإن استووا في الدرجة، فولد الوارث سواء كان ولد عصبية، أو ولد صاحبة فرض، كبنت بنت الابن أولى من ابن بنت البنت، وهي ذات رحم، وهذا لأن ولد الوارث أقرب حكمًا، والترجيح يكون بالقرب حقيقة، فإن لم يوجد فبالقرب حكمًا، وكذا ابن بنت ابن أولى من ابن بنت بنت وإن استوت درجاتهم، ولم يكن فيه ولد وارث، أو كان كلهم يدلون بوارث.

ففي قول أبي يوسف الآخر تعتبر أبدان الأحياء نفسهم بينهم بالسوية، أو للذكر ضعفها، وهو رواية عن أبي حنيفة، سواء اتفقت صفة الأصول في الذكورة والأنوثة، بأن كان كلهم ذكورًا أو إناثًا، أو اختلفت بأن كان بعضهم ذكورًا وبعضهم إناثًا.

وما وقع في فرائض السرخسي أن قول الحسن بن زياد مع أبي يوسف غير صحيح؛ لأن المشهور أن الحسن من أهل التنزيل لا من أهل القرابة.

وعند محمد وأبي يوسف أولًا إن اتفقت صفة الأصول كقول أبي يوسف الآخر وإن اختلفت صفاتهم، يعطي الفروع ميراث(١) الأصول، فتعتبر الأصول لأبدان الأحياء، ويعتبر الأصل الواحد متعددًا بتعدد أولاده، ثم يعطي بكل نوع ميراث أصله، ويجعل كل أنثى تدلي إلى الميت بذكر ذكر، أو كل ذكر يدلي إلى الميت بأنثى أنثى، سواء إدلاؤهما بابن واحد أو أكثر، ثم يقسم سهام كل فريق بالسوية إن اتفقت صفاتهم، وإن اختلفت ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾.

قال شيخي العلامة رحمه الله: الأصل في قسمة مسائل ذوي الأرحام عند محمد أن يقسم على أول بطن اختلف مع اعتبار الصفة من الأصل، والعدد من الفرع، واعتبار الجهات في الأصول، ثم يجعل الذكور طائفة، والإناث طائفة،

---

(١) في الأصل: (مرار) والمثبت من النسخة الثالثة.

[وينزل][١] نصيب كل طائفة إلى فروعها جميعًا، ويقسم بهذا الطريق إلى أن ينتهي، ولا بد من اختصار الأبدان أولًا، والسهام ثانيًا إن أمكن تقليلًا للحساب. ومعنى اختصار الأبدان يحسب كل بنتين ابنًا، ومعنى اختصار السهام أن [٢/ ٥٦٢/ ب] تنسب نصيب كل فريق إلى المسألة وتأخذ جزء المسألة تطلب الموافقة بين النصيبين، وتأخذ وفقهما كما إذا كان عدد الذكور مساويًا لعدد الإناث.

فالمسألة من ثلاثة النسبة، الثلثية[٢] بين النصيبين، وإن كان عدد الذكور نصف عدد الإناث فالمسألة من اثنين للمناسبة النصفين، وإن كان عددهم ضعف عدد الإناث فالمسألة من خمسة، وإن لم يمكن أحد الاختصارين فالطريق البسط، وهو أن يحسب كل ابن بنتين، وإن أمكن أحد الاختصارين ذلك، يؤدي ذلك إلى الضرر ثانيًا أو ثالثًا ببسط ابتداء قصرًا للمسافة وتيسيرًا للأمر. وقول محمد أشهر الروايتين.

عن أبي حنيفة في جميع ذوي الأرحام عند البعض وجعل في القانون والمختلف قول أبي يوسف أشهرهما، وقال في الفرائض الجرجاني، وعليه الفتوى؛ لأنه أيسر.

وفي المحيط: مشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف في جنس هذه المسائل.

وقال الإسْبِيجابي في مبسوطه: قول أبي يوسف أصح؛ لأنه أسهل، وذكر في شرح فرائض السرخسي: الفتوى على قول محمد.

وجه قول محمد أن الفروع إنما يستحقون بواسطة الأصول، ولهذا أجمعت الصحابة في العمة والخالة أن للعمة الثلثين، وللخالة الثلث، فلو كان المعتبر في القسمة الأبدان لكان المال بينهما نصفين؛ لاستواء درجتهم، ولهذا أجمعنا أن ولد عصبة أو وارث أولى، وإنما يترجح بمعنى في المدلى به، فإذا كان في الحرمان يعتبر المدلى به ففي النقصان أولى، فعلم أن المعتبر أول من يقع به

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) كذا بالأصل، وفي النسخة الثالثة (للقسمة الثلاثة).

الخلاف، ثم اعتبرنا من وقع به الخلاف في ترجيح أحدهما على الآخر، وهذا بخلاف العدد، فالمعتبر فيه أبدانهم دون المدلى به؛ لأن علة الاستحقاق كاملة في حق كل واحد منهم، وهي القرابة، والعلة تحتمل التعدد، فجعل الأصول كالمتعدد حكمًا بتعدد الفروع، وكمال العلة لكل واحد منهما بمنزلة جماعة قتلوا رجلًا عمدًا يجعل كل واحد منهم قاتلًا على الكمال، وإن كان القول واحدا يجعل متعددًا؛ لتكامل العلة في كل واحد منهم، بخلاف صفة الذكورة والأنوثة فالموجود من ذلك في الفرع لا يمكن أن يجعل كالموجود في الأصل مع تحقق يده فيه؛ لأنه لا احتمال لذلك، فيعتبر ما في الأصول من الصفة؛ لأن الاستحقاق للفروع بناء على ذلك، كذا في شرح السرخسي.

وجه قول أبي يوسف: أن ذوي الأرحام إنما يرثون بالقرابة كالعصبات، وكل منهم يستبد بنفسه في أصل الاستحقاق، فتعتبر الأبدان وإن اختلفت صفة أصولهم كما في العصبات، ولهذا لو كان لبعض الأصول صفة الكفر أو الرق لم يعتبر ذلك، واعتبر صفة الأبدان، فكذا في الذكورة والأنوثة، ولهذا يعتبر العدد في الفروع، فإذا كان في العدد يعتبر فكذا في الذكورة والأنوثة، وفي الخالة والعمة فباعتبار القرابة، لكن بقرابته لا يستحق أكثر من ذلك، وكذا الترجيح بكونه ولد وارث باعتبار معنى العصوبة، ثم للجهات عبرة في التوريث عندنا، لكن في الأصول عن محمد، وفي الفروع عند أبي يوسف لما ذكرنا من الجانبين.

صورة ما اتفقت صفة الأصول: ابن بنت، وبنت بنت، عند أبي يوسف: المال بينهما ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، وكذا عند محمد؛ لأن صفة الأصول متفقة.

وذكر الطحاوي عند محمد المال بينهما نصفان باعتبار المدلى به، وهذا غلط، إنما هذا قول أهل التنزيل.

وصورة ما اختلفت: بنت ابن بنت، وابن بنت بنت، فعند أبي يوسف المال بين الفروع ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، وعند محمد كذلك في البطن الثاني؛ لأن الاختلاف وقع هناك، ثم أنزلنا نصيب ابن إلى ابنته، ونصيب بنت إلى

ابنها، فيصير عكس قول أبي يوسف للابن سهم، وللبنت سهمان.

ولو كانت بِنْتَي[1] ابن بنت، وابن بنت بنت، فعند أبي يوسف: ظاهر، وعند محمد: للابن الخمس، وأربعة الأخماس للبنتين، كأنه مات عن ابني بنت، وبنت بنت.

ولو ترك بنت بنت بنت، وابن بنت بنت، وبنت ابن بنت، وابن بنت بنت، فعند أبي يوسف: ظاهر، وعند محمد: يقسم على الآباء على ستة، سهمان للأولين،[2] فيكون بينهما ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، فصار المال بين [٢/ ٥٦٣/أ] الفريقين أثلاثًا وقد انكسر بالأثلاث، فاضرب ثلاثة في ثلاثة، فصار تسعة منها تصح المسألة، ولو وقع الاختلاف في بطن أو أكثر فأبو يوسف يردّ[3] على أصله، ومحمد يقسم المال على أول اختلاف وقع، فما أصاب الذكور ينقل إلى فروعهم، وما أصاب الإناث ينقل إلى فروعهن، مع اعتبار الاختلاف في البطن الثاني على الوجه الذي اعتبره في البطن الأول، حتى ينتهي إلى الأولاد الأحياء، فيقسم بينهم على اعتبار أبدانهم.

مثاله: ترك بنت بنت بنت، وبنت بنت ابن بنت، وبنت ابن بنت بنت، وابن بنت بنت بنت، فعند أبي يوسف: المال بينهم على خمسة أسهم، خمسان للابن، ولكل بنت خمس، وعند محمد: على عشرة أسهم: للأولى سهم، وللثانية أربعة أسهم، وللثالثة ثلاثة أسهم، وللرابعة سهمان؛ لأنه يعتبر الخلاف في أول بطن وقع، وفيه ابن بنت وثلاث بنات بنت، فيقسم عليهم، ثم ما أصاب الابن وهو خمسان ينقل إلى ابنته، وما أصاب البنات وهو ثلاثة أخماس ينقل إلى أولادهن، وهم ابن وبنتان ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، فيكون للابن خمس ونصف، وللبنتين خمس ونصف، فتصح من عشرة، ومن له قرابة من جهتين من ذوي الأرحام فله سهمان، ومن له قرابة واحدة فله سهم عند محمد، اعتبارًا بالأصول، وعند أبي يوسف: هما سواء؛ لأنهم يرثون بالتعصيب، وذلك لا يختلف كالعصبات حقيقة.

(١) في الأصل: (بنتا) والمثبت الصواب.
(٢) في الأصل: (للأول) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) كذا بالأصل، وهي ليست موجودة بالنسخة الثالثة.

مثال ذلك: بنت بنت بنت، وبنت بنت بنت، وهي بنت ابن بنت أخرى، فعند أبي يوسف: المال بينهما نصفان، وعند محمد: لذي القرابة الواحدة سهم، ولذي قرابتين ثلاثة أسهم، ولو كان مكان البنت من جهتين ابن[(١)] فعند أبي يوسف: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾، وعند محمد: لذات القرابة سهم، ولذات القرابتين ثلاثة، سهمان من قبل أصله الذكر، وسهم[(٢)] له لتفرده بذلك الأصل، وسهم [من قبل][(٣)] أصله الأنثى، فيضمه إلى ما في يد ذات قرابة، فيقسمان السهمين ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ لا [لحاجة][(٤)] أصلهما في هذين السهمين واختلاف أبدانهما على ثلاثة فاضرب ثلاثة في أربعة يكن اثني عشر سهما[(٥)]، تصح المسألة.

وفي فرائض[(٦)] السراج: قول أبي يوسف في هذا مختلف، وأهل العراق وخراسان يقولون: عند أبي يوسف: لا تعتبر الجهات بل يرث ذو[(٧)] جهتين لجهة واحدة؛ لأن الجهة اتحدت وهي الولادة، فهو نظير الجدات على مذهبه، فإن ذات الجهتين وذات جهة واحدة سواء في القسمة، فكذا هذا.

قال مشايخ ما وراء النهر: تعتبر الجهات وترث[(٨)] بالجهتين عنده، وهو الصحيح، والفرق له بين هذا وبين الجدات أن الاستحقاق هنا بالفرضية وبتتعدد الجهات لا يزداد فرضهن، فإذا كانت الفرضية للواحدة منهن والعدد سواء لا يعتبر اجتماع جهتين، أما هاهنا فالاستحقاق بمعنى العصوبة، فيعتبر بالاستحقاق بحقيقة العصوبة، وفي حقيقة العصوبة تعتبر الجهات جميعًا، للترجيح تارة وللاستحقاق أخرى.

فالترجيح كالإخوة لأب وأم مع الإخوة لأب، والاستحقاق كالأخ لأم إذا كان ابن عم، فإنه تعتبر الجهات في حقه الاستحقاق، وكذا ابن عم لو كان

---

(١) في النسختين: (ابنا) والمثبت الصواب.
(٢) في الأصل: (سلم) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٥) في الأصل: (منها) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٦) في الأصل: (ضوء) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٧) في الأصل: (ذي) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٨) كذا بالأصل، وفي النسخة الثالثة: (وتعتبر).

زوجًا يعتبر السببان فهاهنا أيضًا يعتبر السببان، كذا في شرح السرخسي، فعلى ما قالت مشايخ ما وراء النهر عند أبي يوسف: المال بينهم أثلاثًا، وعلى ما قال أهل العراق: أنصافًا هذا خلاصة ما ذكره الشارحون، فاعتبر أنت بعد ذلك، والسيف بضاربه.

فصل في الصنف الثاني

أولاهم بالميراث أقربهم من أي جهة كان أي: من جهة الأب أو من جهة الأم، كأب أم، وأب أم أم، وإن استووا في الدرجة، فمن كان يدلي بوارث كأب أم الأم أولى من أب أم الأم، ويليه لأب أم الأم؛ لأنا نعتبر في القسمة أول من يقع به الخلاف، ثم ينقل نصيبه إلى كل واحد منهما إلى من يدلي به.

وقال الصدر الشهيد في فتاواه: في الأجداد الفاسدة لا يترجح بكونه مدليًا إلى الميت بوارث.

وذكر الغزنوي: أدى ذلك إلى جعل المتبوع وهو الجد تبعًا لتبعه، وهو خلاف الشرع، ومثل هذا لا يتأتى في الأولاد، فافترقا.

وقلنا: ولد الوارث أولى؛ لأنه أقرب حكمًا كما [٢/ ٥٦٣/ ب] ذكرنا بالاعتبار أنه تبع لتبعه وإن كان كلهم يدلون بوارث كأب أم الأم وأب أم أخرى بهذه الأم، وذلك يتحقق بطريق الدعوى بأن ادعت امرأتان ولدًا وقضي به لهما، وإلا لا يتصور أن يتوالد[(١)] أحد من أُمَّيْنِ، واتفقت صفة من يدلون بهم في الذكورة والأنوثة، واتحدت قرابتهم أي: كلهم من جانب الأب، أو كلهم من جانب الأم، يقسم على أبدان الأحياء على السواء إن كانوا ذكورًا أو إناثًا، وإن اختلطوا ﴿فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء:١٧٦]، وإن اختلفت صفة من يدلون يقسم المال على أعلى بطن اختلف كما في النصف الأول، كأب أب [الأم][(٢)]، وأم أب أب الأم، هذا [أو][(٣)] أب أب أم الأم هذا فتكون القسمة على البطن الثاني بين أب الأم وأم الأم أثلاثًا؛ لأن أول بطن [اختلف][(٤)] هذا

(١) في الأصل: (يتوله) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

البطن، ثم ينتقل نصيب كل واحد منهما إلى البطون التي تدلي به.

ولو اختلفت قرابتهم فالثلثان لقرابة الأب، والثلث لقرابة الأم؛ لأنهم يقومون مقام الأب والأم، ويقسم نصيب كل فريق بينهم...[١] اتحدت قرابتهم.

مثاله: أب أم أب، وأب أب الأم، للأول الثلثان، وللثاني الثلث، وإذا كان لأبي الميت جَدّان من جهتين وكذا [لأمه][٢] فلقوم الأب الثلثان، ولقوم الأم الثلث، ثم ما أصاب قوم الأب ثلثاه لقرابته من جهة أبيه، وثلثه لقرابته من جهة أمه، فكذا ما أصاب قوم الأم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن ما أصاب قوم الأب فكله لقرابته[٣] من قبل أبيه، وما أصاب قوم الأم فلقرابته من قبل الأب أيضًا.

مثاله: أب أم أب الأب، وأب أب أم الأب، وأب أم أب الأم، وأب أب الأم، فللأولين الثلثان، وللآخرين الثلث، [على][٤] ما بينا.

فصل في الصنف الثالث

أولاهم أقربهم، كبنت الأخت أولى من بنت بنت الأخ؛ لأنها أقرب، فإن [استووا][٥] في القرب فولد الوارث كبنت ابن الأخ، وابن بنت الأخت كلاهما لأب أو أحدهما لأب وأم [والآخر لأب][٦]، فالمال لبنت ابن الأخ، ولو اجتمع ولد صاحب الفرض وولد العصبة كبنت [أخ][٧] وابن أخت كلاهما لأب وأم أو لأب، فالعبرة لأبدان الأحياء عند أبي يوسف، فيكون الثلثان لابن الأخت، والثلث لبنت الأخ.

وعند محمد: العبرة للآباء؛ فيكون الثلثان لبنت الأخ، والثلث لابن الأخت.

---

(١) بياض بالأصل مقدار كلمة، وسقط من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) في الأصل: (وكالقرابته)، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٤) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٥) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٦) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٧) مثبتة من النسخة الثالثة.

وإن استووا في القرب، ولم يكن فيهم ولد [وارث][1] وكلهم ذكور أو إناث يقسم بينهم بالسوية، وإن اختلطوا وقد اتفقت صفة الأصول للذكر ضعفها وإن اختلفت صفة الأصول، فكذلك عند أبي يوسف؛ لاعتبار أبدان الأحياء. وعند محمد: يعتبر أعلى بطن اختلف فيه كما عرف.

وإن اجتمع أولاد أخوات متفرقات أو بنات إخوة متفرقين فعند أبي يوسف: من كان لأب وأم أولى ممن كان لأب، ومن كان لأب أولى ممن كان لأم، وعند محمد: تعتبر أصولهم.

وأبو حنيفة مع أبي يوسف في رواية، وفي رواية مع محمد.

مثاله: ثلاث بنات أخوات متفرقات، فالمال كله لبنت الأخت لأبوين عند أبي يوسف، وعند محمد: لها ثلاثة أخماسه، ولبنت الأخت لأب خمسه، ولبنت الأخت لأم خمسه اعتبارًا للأصول فرضًا وردًّا.

ولو كانت ثلاث بنات إخوة متفرقين، المال كله لبنت الأخ لأبوين عند أبي حنيفة، وعند محمد: لبنت الأخ لأم السدس، والباقي لبنت الأخ من الأبوين.

بنت أخت لأب وبنت أخت لأم، المال للأولى عند أبي يوسف؛ لقوتها، وعند محمد: للأولى ثلاثة أرباعه، وللأخرى الربع فرضًا وردًّا اعتبارًا للأصول.

ابنا أخت لأبوين وبنت أخت لأم، المال للابنين عند أبي يوسف، وعند محمد: ابنا الأخت بمنزلة الأختين؛ فيقسم المال بينهم على خمسة، وأولاد هؤلاء كأصولهم.

ولو اجتمع أولاد الإخوة والأخوات لأم كابن الأخ لأم وبنت أخت لأم فعند أبي حنيفة ومحمد: لا فضل لذكرهم كأصلهم.

وفي شرح المجمع: لا خلاف فيه أي: في ظاهر الرواية، وبه صرح في ضوء السراج.

وفي رواية شاذة عن أبي يوسف: أنه يقسم بينهم ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾، ووجه هذه الرواية أن الأصل في المواريث تفضيل الذكر على الأنثى، إلا أن هذا [٢/ ٥٦٤/أ] الأصل ترك في الأخوات والإخوة لأم بالنص

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

على خلاف القياس، وهو قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] فيقتصر عليه، ولا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه، والأولاد ليسوا في معنى الأصول، فإنهم لا يرثون بالفرضية شيئًا، فيعتبر فيهم الأصل.

ثم توريث ذوي الأرحام بمعنى العصوبة، وفي حقيقة العصوبة يفضل الذكر، فكذا في معنى العصوبة.

وجه ظاهر الرواية: أن استحقاقهم لقرابة الأم وباعتبار هذه القرابة لا(١) فضل للذكر على الأنثى بحال، وربما تفضل الأنثى على الذكر باعتبار هذه القرابة، فأم أم الأم صاحبة فرض دون أب الأم، وإذا كان كذلك فيسوى بين الذكر والأنثى اعتبارًا بالمدلى به، كذا في شرح السرخسي.

وإذا عرفت الأصول فلا يحتاج إلى تصوير الصور والتطويل، والله أعلم.

فصل في الصنف الرابع

فأقربهم إلى الميت أولى بالميراث من أي جهة كان [كعمة](٢) الأب أولى من عمة الجد، ولو اجتمعوا واستووا في القرب من جنس واحد كالعمات والخالات من كان لأب وأم أولى ممن كان لأب؛ لقوة قرابة الأب وأم، ومن كان لأب أولى ممن كان لأم لقوة السبب باختصاصه بقرابة الابن وهذا بالإجماع ذكورًا كانوا أو إناثًا.

ولو كانوا ذكورًا وإناثًا واستوت قرابتهم، يعني كلهم لأب وأم، أو لأب، أو لأم، كعم وعمة كلاهما لأم، أو خال وخالة كلاهما لأب وأم، أو لأب، أو لأم، فللذكر ضعفها.

وإن اختلف الجنس كالعمومة والخؤولة فلا عبرة لقوة القرابة، كعمة لأب وأم، والخالة لأم أو عكسه، بل الثلثان لقرابة الأب وهي جانب العمومة نصيب الأب والثلث لقرابة [الأم](٣)، وهي الخؤولة نصيب الأم، ثم يقسم نصيب كل فريق بينهم، كما لو اتحدت قرابتهم.

---

(١) في الأصل: (ا) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

مثال ذلك: عمة وعشرة أخوال، للعمة الثلثان، وللأخوال الثلث.

وكذا لو كان عم وخال أو خالة، فللعمة الثلثان، وللخال أو الخالة الثلث.

والقياس أن يحرم الخال والخالة؛ لأن قرابة الأبوة أقوى، كما لا شيء للعمة من الأم مع العمة لأب، إلا أنه ترك القياس بإجماع الصحابة، فإنهم قالوا: للعمة الثلثان، وللخالة الثلث.

فصل في أولادهم

فأقربهم أولى من أي جهة كان، يعني من جهة الأبعد أو من وجهته، كبنت العمة أو ابنها أولى من بنت بنت العمة وابن بنتها وبنت ابنها وابن ابنها، وكذا الخالة أو ابنها أولى من بنت بنت الخالة وابن بنتها وبنت ابنها وابن ابنها، وكذا بنت العمة أولى من بنت بنت بنت الخالة وإن كانتا من جهتين؛ لأنها أقرب، وكذا بنت الخالة أولى من بنت بنت العمة وإن استووا في القرب فولد العصبة أولى في ظاهر الرواية، اتحدت جهة القرابة أو اختلفت.

مثال الاتحاد: ترك بنت عم لأب وأم أو لأب وبنت عمة، فالمال كله لبنت العم؛ لأنها ولد عصبة.

مثال الاختلاف: ترك بنت عم وبنت خال أو خالة، في ظاهر الرواية ولد العصبة أولى وإن اختلفت جهة القرابة.

وفي الفرائض السراجي، والفرائض العثماني لصاحب الهداية: إذا اختلفت حيز قرابتهم فإن ولد العصبة هناك، وليس بأولى بل الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم، كبنت عم لأب وأم وبنت خال أو خالة لأب وأم، فلبنت العم الثلثان، ولبنت الخال أو الخالة الثلث؛ لأن الحيز مختلف فلا يترجح بكونها ولد عصبة.

قال شمس الأئمة في المبسوط: هذا رواية ابن أبي عمران عن أبي يوسف.

أما في ظاهر الرواية: ولد العصبة أولى، سواء كان الحيز متحدًا أو مختلفًا حتى إن بنت العمة لأب وأم أولى من بنت الخال أو الخالة لأب وأم؛ لأن ولد العصبة أقرب اتصالًا بوارث الميت، وكان أقرب اتصالًا بالميت، وقد وافقه التمرتاشي.

وفي ضوء السراج: الأخذ برواية شمس الأئمة أولى، ثم إن لم يكن فيهم ولد عصبة ولا الأقرب فالقسمة على أبدانهم أو للذكر ضعفها إن اتفقت صفة أصلهم في الذكورة والأنوثة، وإن اختلفت صفة الأصول فكما مر غير مرة من الاختلاف أن أبا يوسف يعتبر أبدان الأحياء مع اعتبار عدد الجهات [٢/ ٥٦٤/ ب] في الفروع.

وعند محمد: يقسم المال على أول بطن اختلف مع اعتبار عدد الفروع والجهات في الأصول، كما هو الأصل عنده في الصنف الأول، ثم ينتقل هذا الحكم إلى جهة عمومة أبوي الميت وخؤولتهما، ثم إلى أولادهم، ثم ينتقل إلى جهة أبوي أبويه، ثم إلى أولادهم كما ذكرنا في العصبات؛ لأن توريث ذوي الأرحام باعتبار معنى العصوبة؛ فيعتبر لحقيقة العصوبة لما عرف الحكم في أعمام الميت، أضيف ذلك الحكم إلى أعمام أبيه، ثم إلى أعمام جده، فكذلك في معنى العصوبة.

ثم اعلم أنه إذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة ولا ذو رحم فالمال لمولى الموالاة عندنا، وقد مر اختلاف العلماء مع دلائله في باب الولاء.

أما عصبته لا ترث شيئًا بإجماع أهل العلم، ثم للمقر له بالنسب على الغير، بحيث لا يثبت نسبه من ذلك الغير بإقرار المقر، وقد مات في إصراره على إقراره، ثم للموصى له بجميع المال، وقد مر في الوصايا بيان الاختلاف وصحة هذه الوصية، ثم لبيت المال، ويوضع فيه المال بأنه مال ضائع لا بطريق الإرث، وإن كان بطريق الإرث ينبغي أن لا يوضع مال الذمي في بيت المال. والله تعالى أعلم.

فصل في المناسخة

وهي مفاعلة من النسخ، وهو النقل والتحويل، وسميت مناسخة؛ لأن نصيب الميت الثاني ينتقل إلى ورثته، أو الأنصباء بموت الميت الثاني ينتقل من عدد إلى عدد، ولو مات بعض الورثة قبل القسمة صحح المسألتين.

ثم انظر بين نصيب الميت الثاني وتصحيحه ثلاث أحوال، فإن استقام فيها وإن وافق فاضرب وفق التصحيح في كل الأول، والمبلغ مخرج المسألتين، وإن مات ثالث أو رابع فاجعل المبلغ مقام الأول، والثالثة مقام الثانية في العمل،

وهلم جرا، ثم أضف سهام التصحيح الأول في الثاني أو وفقه، وسهام التصحيح الثاني في كل ما في يد الثاني أو وفقه.

مثال ذلك: امرأة وأم وأخت لأم وعم، مات العم عن ابن وبنت، فالمسألة الأولى من اثني عشر، والمسألة الثانية من ثلاثة، وسهام العم ثلاثة مستقيم على مسألته فقد صحت المسألتان من اثني عشر.

زوجة وثلاث أخوات متفرقات وعم، ماتت الأخت لأبوين وخلفت هؤلاء، فالمسألة الأولى من ثلاثة عشر للأخت من الأبوين، ست تنقسم على تركتها فصحت المسألتان من ثلاثة عشر، للأخت من الأب خمسة أسهم، سهمان من الفريضة الأولى، وثلاثة من الثانية، وللأخت من الأم من الأول سهمان، ومن الثانية سهم، وللعم سهمان من الثانية، وللزوجة ثلاثة من الأولى.

زوجة وثلاث أخوات متفرقات، ماتت الأخت لأبوين عن زوج وأخت لأب وأخت لأم، المسألة الأولى من ثلاثة عشر، والثانية عن سبعة، سهام الميت الثاني من التركة الأولى ستة، لا تستقيم على مسألتها سبعة فلا موافقة، فاضرب كل التصحيح الثاني في الأول، سبعة في ثلاثة عشر، فالمبلغ أحد وتسعون منها تصح المسألتان.

زوجة وثلاث أخوات متفرقات وأم وأخ لأم، المسألة من سبعة عشر، ثم ماتت الأم عن أب وأم وابن وابنتين، فالمسألة من ستة، وسهامها من المسألة الأولى سهمان، لا تستقيم مسألتها وبينهما موافقة بالنصف، فاضرب وفق مسألتها، وهو ثلاثة في كل المسألة الأولى، فالمبلغ أحد وخمسون منها تصح المسألتان، وكل من له شيء في المسألة الأولى يضرب في وفق المسألة الثانية، وهو ثلاثة، ومن له شيء [من][1] المسألة الثانية في واحد فيكون للمرأة تسعة، وللأخت من الأبوين ثمانية عشر، وللأخت من الأب ستة، وللأخ من الأم ستة، وللأخت من الأم ست أيضًا، ولكل واحد من الأبوين سهم، وللابن سهمان، ولكل بنت سهم.

ترك ابنين مات أحدهما عن بنت وأخ، ثم ماتت البنت عن زوج وبنت

(١) مثبتة من النسخة الثالثة.

وعم، هو ابن الميت الأول المسألة الأولى من اثنين، وكذا الثانية والثالثة من أربعة، فاضرب الأربعة في الفريضتين الأوليين، يبلغ ستة عشر منها تصح المسائل، للعم من المسألتين الأوليين ثلاثة أسهم، سهمان من الأب، وسهم من الأخ، اضربها في أربعة تبلغ اثني عشر، وكان للبنت سهم من أبيها مضروب في أربعة يكن أربعة يقسم[1] على ورثتها، للبنت [٢/ ٥٦٥/أ] سهمان وللأخ سهم، وللعم الباقي سهم، فحصل للعم وهو ابن الميت الأول، وأخ الثاني ثلاثة عشر من المسائل الثلاث، من الأولى ثمانية، ومن الثانية أربعة، ومن الثالثة سهم.

رجل مات عن ابنين وبنتين، ثم مات أحد الابنين عن زوجة وبنت وعصبة، المسألة الأولى من ستة، والثانية من ثمانية، وسهامه من الأولى سهمان، لا يستقيم على مسألته، ولكن بينهما موافقة بالنصف، فاضرب وفق فريضته، وهو أربعة في الفريضة الأولى فهي ستة تبلغ أربعة وعشرين منها تصح المسألتان، كان للابن من الميت الأول سهمان مضروب في أربعة يكن ثمانية، فقد مات عن ثمانية، للزوجة سهم مضروب في وفق فريضته وهو سهم يكن لها وللبنت أربعة مضروبة في سهم هي لها، وللعم ثلاثة مضروبة في سهم هي له، ولو ماتت[2] الابنة عن أم وزوج وعصبة تصح من ستة، وسهامها في المسألة الثانية أربعة، وبينهما موافقة بالنصف، فاضرب وفق فريضتها وهي ثلاثة في مبلغ الفريضتين الأوليين، فهي أربعة وعشرون تكن اثنين وسبعين منها تصح المسألة.

وهذه أمثلة يستعين بها الفرضي[3] على العمل، ويستعين بها على أمثالها.

قال الصحائفي في فرائضه: طول العلماء في المناسخة ويكفي أن تقسم تركة الميت السابق على ورثته، ويؤخذ نصيب الميت اللاحق ويقسم على ورثته، فإن لم يرث ورثه الميت السابق ثم العمل وإن ورثت بجمع سهام من كرر له النصيب بعلم نصيب كل واحد، ثم إنه قد يزيد نصيبه لمال آخر له أو ينقص لدينه أو وصيته أو تجهيزه، فينبغي أن يزاد أو ينقص ثم يقسم بين ورثته وحينئذ يحيل

---

(١) في الأصل: (يستقيم) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في النسختين: (مات) والمثبت هو الأليق.
(٣) في الأصل: (الفرض) والمثبت من النسخة الثانية.

عملهم؛ لأنهم ما اعتبروا في عملهم هذا وطريقها أن يأخذ نصيبه من السابق إن بقي[١] وحده أو بعد الزيادة والنقصان، ويقسم على ورثته كالعمل لو مات بعد القسمة، كما إذا ترك ابنين أو بنتين، ومات أحد الابنين عن ابن وبنت، فيأخذ نصيب هذا الميت من الميراث، وهو الثلث فيضم أو ينقص إن احتجنا إلى ذلك، ثم يقسم الحاصل بين ورثته ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾ على هذا الطريق ذكر المسائل.

قال شيخي العلامة رحمه الله: هذا بناء على عدم وقوفه على المراد، فإنه يوهم أن ما قالوه في المناسخة قسمة وليس كذلك، بل هو بيان ما يستحقه ورثة الأموات من تركة الميت الأول، ويعين نصيب كل واحد منهم شائعًا، وذلك لا يتأتى إلا بالطريق التي اختاروها، فيؤدي إلى التطويل في بعض الصور ضرورة، فلا وجه للطعن عليهم بذلك، وما ذكر أنه يزيد في نصيب السابق أو ينقص وهم؛ لأن ما ذكروه ليس بقسمة تركة الميت الثاني أو الثالث لتعتبر الزيادة بمال آخر، بل هو بيان ما انتقل من نصيب الميت الثاني إلى ورثته من تركة الميت الأول، ولا تعلق لمال آخر به بوجه.

وكذا النقصان الذي ذكره غير معتبر؛ لأن نصيب الميت الثاني إنما ينتقل إلى ورثته بعد الفراغ من تلك الحوائج، والتقدير أنه قد انتقل فيما نحن فيه، واحتجنا إلى بيان النصيب، فلا وجه لاعتبار النقصان بالدين وغيره بعد تحقق الانتقال، فتبين بهذا أن الاختلال ليس في عملهم، بل الاختلال في طريقته التي اختارها؛ لأنه اعتبر المناسخة قسمة، وليست بقسمة، واعتبر الزيادة والنقصان في المناسخة من غير أن يكون للمناسخة تعلق بذلك الوجه.

ذيل الكتاب

للخنثى المشكل أقل النصيبين لتيقنه، وعليه الفتوى، وإذا ظهر ذكورية يسترد ما أخذوا من نصيبه، ثم هو في أحد الزوجين ليس بمشكل؛ لأن الباقي له فرضا[٢] وردًا إن كان بنتًا وتعصيبًا إن كان ذكرًا، وكذا لو كان ولدًا لأم، لأن ذكرهم وأنثاهم سواء، وقد مر بيان الخلاف في الخنثى المشكل.

---

(١) في الأصل: (شينا) والمثبت من النسخة الثالثة.

(٢) في الأصل: (فردا) والمثبت من النسخة الثالثة.

ثم الحمل يرث بإجماع الصحابة، وله نصيب إن طلبوا القسمة وإلا يوقف المال ولا يقسم بغير خلاف لأحد إلا ما نقل عن داود أنه قال: يعطوا الورثة كل المال، ولا يوقف له نصيب.

والصحيح عن داود مثل قول الجماعة، ولكن يدفع إلى من لا ينقصه كمال ما يصيبه، وإلى من ينقصه أقل ما يصيبه، ولا يدفع شيء إلى من يسقطه الحمل، فأما من يشاركه فأكثر أهل العلم [٢/ ٥٦٥/ب] يوقف للحمل شيء، ويدفع إلى شركائه الباقي، وهو رواية الربيع عن الشافعي.

والمشهور: أنه لا يدفع إلى شركائه شيء؛ لأن الحمل لا حد له، ولا يعلم كم يترك.

وقد حكى الماوردي قال: أخبرني رجل من أهل اليمن جاء طالبًا للعلم وهو ثقة أن المرأة ولدت باليمن شيئًا كالكرش، فظن أنه لا ولد فيه، فألقي على قارعة الطريق، فلما طلعت الشمس تحركت فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعًا، وكانوا خلقًا سويًا إلا أنه كان في أعضائهم قصر.

وحكي أن امرأة ضرير بدمشق ولدت سبعة أولاد ذكورًا وإناثًا.

وحكي أن جارية كانت تلد ثلاثة في كل بطن.

قلنا: هذا نادر لا يعول عليه، فلا يجوز منع الميراث لأجله.

واختلف القائلون بالوقف، روى ابن مبارك عن أبي حنيفة: أنه يوقف نصيب أربعة بنين أو أربع بنات أيهما أكثر، ويعطى الورثة أقل الأنصباء، وبه قال مالك، والشافعي في رواية الربيع عنه، وشريك، والنخعي للاحتياط.

قال شريك: رأيت بالكوفة لأبي إسماعيل أربعة بنين من بطن واحد.

وقال محمد: يوقف نصيب ابنين أو بنتين أيهما أكثر، وبه قال الحسن بن زياد، وأحمد، وأبو يوسف في رواية هشام عنه؛ لأن ولاد التوأمين كثير معتاد، وما زاد عليه نادر.

وروى الخصاف عن أبي يوسف: يوقف نصيب ابن واحد أو ابنة واحدة أيهما أكثر، وهو الأصح، وعليه الفتوى؛ لأنه العام الغالب، وما عداه نادر لا يعارض الظاهر الغالب، وبه قال الليث في رواية.

وعن محمد: يوقف نصيب ثلاثة أو ثلاث أيهما أكثر، وبه قال الليث في رواية، ولكن هذه الرواية غير مذكورة في روايات شروح الأصول، ولا في عامة الروايات.

وفي فتاوى أهل سمرقند: إن كانت ولادتها قريبة ينظر؛ لأنه لو قسم تنقض بعد الولادة فلا تفيد القسمة.

وقيل: حد القرب ما دون الشهر وإن كانت بعيدة لا ينتظر؛ لأن فيه إضرارًا بباقي الورثة.

وفي الواقعات: لا يعزل نصيب الحمل؛ لأنه لا يعرف أنه ولد أم لا ثم على قول أبي يوسف يؤخذ كفيل من الورثة؛ لأن القاضي يصون به قضاءه فينظر لمن وهو عاجز عن النظر لنفسه، وهو الحمل كما في إذا ترك ابنًا وخنثى، فيجعل الخنثى أنثى، ويعطي الابن ثلثين، ويؤخذ الكفيل عنه عند أبي يوسف ومحمد.

وقيل: بل هاهنا يحتاط في أخذ الكفيل عندهم جميعًا ليسترد ذلك من أخيه، فكذا في الحمل، ثم الحمل إن كان لميت، وجاءت بالولد لتمام أكثر مدة الحمل، وقد بينا الخلاف في أكثرها أو أقلها(١) منها يرث ويورث عنه؛ لأن وجوده في البطن وقت الموت متيقن.

فإن قيل: الوراثة خلافة ولا تتحقق الخلافة إلا باعتبار صفة الحياة، والنطفة في الرحم [وقت الموت ولا حياة فيه أو فيه شك.

قلنا: النطفة في الرحم](٢) مُعدَّة للحياة في حكم شخص حي ما لم تفسد، فيعطى لها حكم الحياة، ولهذا جازت الوصية له وبه، فيجعل كالحي المنفصل اعتبارًا لمآله، كذا في شرح السرخسي.

وإن كان الحمل من غير الميت كما إذا مات وأمه حامل من غير أبيه، وزوجها حي، فإن جاءت بالولد لستة أشهر أو أقل يرث؛ لأن الحمل يستند إلى أقرب الأوقات، وهو ستة أشهر للتيقن بوجوده في النظر إلا في موضع

---

(١) في الأصل: (اقل) والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

الضرورة، وهو إثبات نسب الولد منه بعد ارتفاع النكاح بموته، فإن العلوق هناك يستند إلى أبعد الأوقات وهو سنتان[١]، وفي حال قيام النكاح لا ضرورة وهو ما إذا كان الحمل من غيره؛ لأن نسب الولد ثابت من ذلك الغير، فلا حاجة إلى إثبات نسبة فأسندناه إلى أقرب الأوقات.

فأما بعد ارتفاع النكاح بموته لا[٢] حاجة إلى إسناد العلوق إلى أبعد الأوقات لإثبات نسب الولد منه، وإذا أسندناه حكمنا بأن الولد كان موجودًا في البطن عند موته ورثه، فإن جاءت به لأكثر من أقل المدة لا يرث؛ لأنا أسندنا العلوق إلى أقرب الأوقات، فإذا جاءت لأكثر منه فقد وقع الشك في وجوده في البطن عند موته، فلا يرث بالشك، ثم إذا خرج حيًّا يرث، ويعلم حياته بالاستهلال، ولا خلاف فيه لأحد؛ لما روى أبو داود عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ أنه قال: «**إذا استهَلَّ المولودُ صارِخًا وَرِثَ وَوَرَّثَ**»[٣].

واختلف العلماء فيما سوى الاستهلال، فقال طائفة: لا [٢/٥٦٦/أ] يرث حتى يستهل، ولا يقوم غيره مقامه.

ثم اختلفوا في الاستهلال قالت طائفة: الاستهلال أن يستهل صارخًا، وبه قال مالك، وأحمد في رواية، وسعيد بن المسيب، وعطاء، والشعبي، والنخعي، والحسن، وابن سيرين، وربيعة، ويحيى، وشريح، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وأبو عبيد، وإسحاق.

فقد ذكر ابن سَرَاقَةَ عنه ﷺ أنه قال في الصبي المنفوس: «**إذا وَقعَ صارخًا واسْتَهلَّ ورِثَ وتمَّتْ دِيَتُهُ وإن وقعَ حيًّا ولم يَسْتهِلَّ صارِخًا لم تَتِمَّ ديتُهُ وفيهِ الغُرّةُ**»، ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حيٍّ، والحركة قد تكون من غير حيٍّ، فإن اللحم يختلج إذا خرج من مكان ضيق من غير حياة، ولو كان فيه حياة لا يعلم كونها مستقرة لاحتمال أن يكون المذبوح وهو في حكم الميت.

---

(١) في النسختين: (سبيان) ولعل المثبت هو الصواب.
(٢) في الأصل: (فبنا)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) أخرجه أبو داود (٣/١٢٨ رقم ٢٩٢٠).
قال ابن عبد الهادي: رواه أبو داود بإسناد جيد. "المحرر" (٩٦٥)، و"تنقيح التحقيق" (٣/١٣٥).

وعن أحمد في رواية: الاستهلال صياح أو بكاء أو عطس أو كل صوت يعلم منه حياة. وهو في حكم قول(١) الزهري والقاسم بن محمد؛ لأنه صوت علمت به حياة، فأشبه الصراخ.

وعن أحمد: كل حركة تدل على حياته استهلال، كتنفسه بعد الخروج، أو بحركة عضو منه كعينيه أو شفتيه أو يديه أو رجليه، وهو قولنا، وقول الشافعي، والثوري، والأوزاعي، وداود.

ثم لو خرج بعضه حيًّا فاستهل ثم انفصل باقيه ميتًا فعندنا: لو خرج أكثره ثم مات ورث؛ لظاهر قوله ﷺ: «**إذا استهلَّ المولودُ ورِثَ**» يعني إذا خرج أكثره؛ لأن للأكثر حكم الكل، ولو خرج منكوسًا اعتبر خروج سرته.

وقال الشافعي وأحمد ومالك: ولو استهل بعد خروج بعضه سواء كان أقل أو أكثر ثم انفصل باقيه ميتًا لا يرث للشك في حياته، ولو خرج توأمان فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه، فإن كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكرًا وأنثى فالفرضيون قالوا: تجعل المسألة على الحالين، ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى اصطلحوا، ولو سمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى ولم يدرِ هو من الأول أو من الثاني، فإن علم المستهل الأول كان له وحده؛ للشك في الثاني، وإن جهل عين الأول كان كما لو استهل أحدهما لا بعينه.

ثم الأصل في تصحيح مسائل الحمل أن تصحح المسألة على تقدير أن الحمل ذكر، وعلى تقدير أنه أنثى، ثم ينظر بين المسألتين فإن توافقا فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، وإن تباينا فاضرب كل واحد منهما في جميع الآخر، فالمبلغ تصحيح المسألة، ثم اضرب من كانت له في مسألة ذكورية في مسألة أنوثية في المباينة، أو في وقفها في الموافقة، ومن كان له شيء من مسألة أنوثية في مسألة ذكورية أو وفقها كما في الخنثى، ثم انظر الحاصلين من الضرب أيهما أقل يعطى لذلك الوارث والحمل.

كما لو ترك بنتًا وأبوين وامرأة، فالمسألة من أربعة وعشرين، على أن الحمل ذكر؛ لأن فيها ثمنًا وسدسين، وما بقي، ومن سبعة وعشرين على تقدير

---

(١) في الأصل: (وفي قول)، والمثبت من النسخة الثالثة.

أنه أنثى؛ لأن [فيها][١] ثمنًا وسدسين وثلثين، فتصير منبرية وتعول إلى سبعة وعشرين، وبينهما موافقة بالثلث، فاضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر، صار مائتين وستة وعشرين، فمنه تصح المسألة على تقدير ذكورته، للمرأة سبعة وعشرون، ولكل واحد من الأبوين ستة وثلاثون؛ لأن سهام المرأة من مسألة الذكورة ثلاثة، يضرب في وفق مسألة الأنوثة وهي تسعة، تبلغ سبعة وعشرين، وسهام كل واحد من الأبوين أربعة، تضرب في التسعة تبلغ ستة وثلاثين.

وعلى تقدير الموارثة للمرأة أربعة وعشرون، ولكل واحد من الأبوين اثنان وثلاثون؛ لأن سهام المرأة من الأنوثة أيضًا ثلاثة، تضرب في وفق مسألة الذكورة وهي ثمانية، تبلغ أربعة وعشرين، وسهام كل واحد من الأبوين أربعة، تضرب في الثمانية، تبلغ اثنين وثلاثين، فيعطى للمرأة أربعة وعشرون؛ لأنه أقل النصيبين، ويوقف من نصيبها ثلاثة، ومن نصيب كل واحد من الأبوين أربعة، ويعطى للبنت ثلاثة عشر سهمًا؛ لأن الموقوف في حقها نصيب أربعة بنين عند أبي حنيفة.

وإذا كان البنون أربعة فنصيبها سهم وأربعة أتساع سهم من أربعة وعشرين، وهي مسألة الذكورة؛ لأن الباقي كان ثلاثة عشر يقسم على أربعة بنين وبنت أتساعًا، فيخرج من القسمة سهم وأربعة أتساع سهم [٢/ ٥٦٦/ب] مضروب في تسعة وهي وفق مسألة الأنوثة، فصار ثلاثة عشر، والباقي موقوف وهو مائة وخمسة عشر؛ لأن الحمل لما جعل أنثى في حق المرأة والأبوين فنصيبهن من المسألة الأنوثة ستة عشر، تضرب[٢] في وفق مسألة الذكورة، وهي ثمانية تبلغ مائة وثمانية وعشرين، وقد أخذت البنت ثلاثة عشر من هذه المائة والثمانية والعشرين، فيكون الباقي مائة وخمسة عشر.

فإن ولدت بنتا واحدة أو أكثر فجميع الموقوف للبنات؛ لأنه ظهر أن الموقوف حقهن فيضم الثلاثة عشر التي أخذتها مع المائة والخمسة عشر، ويقسم المبلغ وهو مائة وثمانية وعشرون بينهن بالسوية.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (تصرف) والمثبت من النسخة الثالثة.

وإن ولدت ابنًا واحدًا أو أكثر يعطى للمرأة والأبوين ما كان موقوفًا من نصيبهم، للمرأة الثلاثة التي وقعت من نصيبها، ولكل واحد من الأبوين الأربعة التي وقعت من نصيبه؛ لأن الحمل جعلت أنثى في حقهم، وأعطوا أقل النصيبين فإذا ظهر الحمل ذكرًا علم أن حقهم أكثر النصيبين، فيعطى ما كان موقوفًا من نصيبه ليكمل، وما بقي يضم إلى الثلاثة عشر التي أخذتها البنت، ويقسم المبلغ وهو مائة وسبعة وعشرون للأولاد، يعني بين البنت والبنين المولودين ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾؛ لأن الباقي من مسألة الذكورة ثلاثة عشر يضرب في وفق مسألة الأنوثة وهي تسعة، تبلغ مائة وسبعة وعشرين، فيقسم بينهم.

وإن ولدت ميتًا يعطى للمرأة والأبوين ما كان موقوفًا من نصيبهم وهو أحد عشر، [وللبنت][1] إلى تمام النصف خمسة وتسعون؛ لأنها حقها مائة وثمانية، وقد كانت أخذت ثلاثة عشر، فبقي من حقها خمسة وتسعون فيكمل حقها، والباقي للأب وهو تسعة؛ لأنه عصبة فإن له مع البنت فرضًا[2] وتعصيبًا، وهذا إذا كانت الورثة ممن يتغير فرضه بالحمل، ولو كان الوارث ممن يسقط مع الحمل وإحدى الحالين لا يعطى للوارث منها شيء؛ لأن أصل استحقاقه مشكوك فيه، والتوريث في موضع الشك لا يجوز.

كما لو ترك امرأة حاملًا وأخًا أو عمًّا، لا يعطى الأخ، أو العم شيئًا[3]؛ لجواز أن يكون الحمل ابنًا فيسقط به الأخ أو العم، ولو كان الوارث ممن لا يتغير فرضه مع الحمل يعطى فرضه، كما لو ترك امرأة حاملًا وجدة، فللجدة السدس؛ لأن فرضها لا يتغير بالحمل، وكذا لو ترك امرأة حاملًا وابنًا، فإنه يعطى للمرأة الثمن؛ لأن فرضها لا يتغير به، والله أعلم.

فصل في الغرقى والحرقى والهدمى

إذا لم يعلم من مات أولًا يجعل كأنهم ماتوا معًا، ولا يرث بعضهم من بعض، بل يرثهم الأحياء، هو المختار، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله آخرًا، وبه قال الشافعي، ومالك، والأوزاعي، وعمر بن عبد العزيز، والزهري،

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) في الأصل: (فيضا) والمثبت هو الأليق.
(٣) في النسختين: (شيء) والمثبت الصواب.

والحسن البصري، وراشد بن سعيد، وحكيم بن عمير.

وروي ذلك عن أبي بكر الصديق، وزيد بن ثابت، وابن عباس، ومعاذ، والحسن بن علي، وعبد الرحمن بن عوف. وعن عمر وابنه في رواية عنهما.

وقال أبو حنيفة رحمه الله أولًا وأحمد: يرث بعضهم من بعض، وهو قول علي، وعمر، وابن مسعود، وشريح، وإبراهيم، والشعبي، وابن أبي ليلى.

مثاله: غرق أخوان ولكل واحد منهما تسعون دينارًا، وخلف بنتًا وأمًّا وعمًّا، فعند عمر وعلي وابن مسعود: يقسم التسعون، للبنت النصف خمسة وأربعون، وللأم السدس خمسة عشر، والباقي وهو ثلاثون للأخ، ولا شيء للعم، ثم يقسم الثلاثون بين البنت والأم والعم أسداسًا كما عرف.

وعند العامة: تقسم تركة كل واحد على ورثته الأحياء، البنت والأم والعم على ستة، ولا يرث أحد الأخوين من الآخر.

وجه قول عمر وعلي: أن سبب الاستحقاق لكل منهم معلوم وهو حياته بعد موت صاحبه، وقد عرفنا حياته بيقين فيجب التمسك به، وفي سبب غرقانه وهو موته قبل موته شك، فلا يثبت الحرمان بالشك، ومتى حكمنا بميراث أحدهما صاحبه فقد حكمنا بموته قبله للضرورة، ولا ضرورة فيما سوى ذلك، فيتمسك بالأصل، وهو أصل كبير، أن اليقين لا يزول بالشك.

وجه قول العامة: أن سبب استحقاق كل واحد منهما ميراث صاحبه غير معلوم يقينًا، والاستحقاق مبني على السبب، [٢/٥٦٧/أ] فما لم يتيقن بالسبب لا يثبت الاستحقاق؛ لأن في الفقه أصلًا كبيرًا أن الاستحقاق لا يثبت بالشك، هذا إذا لم يعلم موت أحدهما أولًا، فإن علم ولكن جهل عينه أعطي كل واحد اليقين، ووقف المشكوك فيه حتى يتيقن أو يصطلحوا، كذا في شرح المجمع.

وذكر في ضوء السراج: ويجعل كأنهما ماتا معًا؛ لتحقق التعارض بينهما.

ذكر محمد رحمه الله هذا الكتاب على هذا الاختلاف، وحكم الأسير حكم سائر المسلمين ما لم يفارق دينه، ولا خلاف فيه لأحد إلا ما روي عن ابن[(١)] المسيب والنخعي وقتادة: أنه لا يرث؛ لأنه عبد.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثالثة.

والصحيح قول العامة؛ لأن الكفار لا يملكون أحرارنا، وإذا لم تعلم ردته ولا حياته ولا مماته فحكمه حكم المفقود؛ لأنه لا يوقف على أثره، ولا يرث المفقود ولا يورث، بل يوقف ماله حتى يثبت موته إما بالبينة على من في يده المال، أو على قَيِّم، أو يمضي عليه تسعون سنة من عمره في المختار، وقد مر في المفقود.

بيان الخلاف: ولو جاء ورثة الأسير بعدلٍ واحد أنه ارتد في دار الحرب لا يقبل؛ لأن إسلامه كان معلومًا، وشهادة العدل على المسلم بالردة لا تقبل إلا إذا شهد عدلان، فقضى القاضي بالفرقة بينه وبين امرأته، ويقسم [ماله](١) بين ورثته؛ لأنه ميت حكمًا عند القضاء حتى إذا لم يقض القاضي بردته لا يحكم بموته، ولا [بالفرقة؛ لأن](٢) الردة موت حكمًا بالقضاء، كذا في السير الكبير.

ولو صالح بعض الورثة عن حظه فأطرح سهامه من التصحيح، ثم أقسم باقي التركة على سهام الباقين، كزوج وأم وعم وصالح الزوج، فللعم سهم، وللأم سهم، وقد مر في فصل التخارج.

ختم الكتاب بالصلح، إذ الصلح خير.

والحمد لله تعالى والصلاة على نبيه محمد وآله وأصحابه أجمعين.

كمل كتاب معراج الدراية في شرح الهداية، وكتب:

بِرَسْمِ خِزانةٍ كَرُمَتْ مَحِلًّا ... لِنِسْبَتِها إلى مولًى كريمِ
رئيسٌ ما لَجَأتَ إليه إلا ... وخَصَّكَ منه بالفضلِ العميمِ

في سابع عشرين محرم الحرام سنة ثمان وأربعين وتسعمائة

(١) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثالثة.

فهرس المحتويات